



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen

Graaf, T.J. de

### Citation

Graaf, T. J. de. (2006, June 14). *Exoneraties in (ICT-)contracten tussen professionele partijen*. *Meijers-reeks*. Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4411>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4411>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

## 4 | Zwaarte van de schuld – onder omstandigheden onaanvaardbaar

Of een beroep op een exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, hangt af van de omstandigheden van het geval. De zwaarte van de schuld is één van die omstandigheden en wordt door de Hoge Raad in het Saladin/HBU-arrest in verband gebracht met de aard en ernst van de betrokken belangen. Zolang maar geen sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de leverancier of iemand die tot bedrijfsleiding behoort is een (beroep op een) exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid *niet in het algemeen* onaanvaardbaar. Een beroep op een exoneration kan in dat geval echter wel *onder omstandigheden* onaanvaardbaar zijn. De meest relevante omstandigheid die bij de uitvoering van ICT-contracten de zwaarte van de schuld kleurt, is mijns inziens de *deskundigheid* van de leverancier vis-à-vis die van de afnemer. Ik zal mij daarom concentreren op deze deskundigheid. Daarnaast breng ik de zwaarte van de schuld in verband met de *aard en ernst van de betrokken belangen*. Andere omstandigheden die de zwaarte van de schuld kleuren zal ik niet nader analyseren.

### 4.1 DESKUNDIGHEID

Het staat buiten kijf dat de deskundigheid van partijen relevant is bij het bepalen of een beroep op een exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (art. 6:248 lid 2 BW). Interessant wordt het zodra men zich afvraagt van wie welke mate van wat voor soort deskundigheid kan worden verwacht, hoe de deskundigheid van de één zich verhoudt tot die van de ander en wat de gevolgen daarvan zijn. Na een aantal inleidende opmerkingen zal ik achtereenvolgens bespreken: de deskundigheid van de leverancier, de deskundigheid van de afnemer en de relatieve deskundigheid van de leverancier ten opzichte van die van de afnemer. De aldus opgedane kennis pas ik vervolgens toe op de FENIT 2003, FENIT 1994 en BiZa-contracten.

Ik heb het in deze paragraaf uitsluitend over de deskundigheid op het gebied van de prestatie. Met Tjittes ben ik van mening dat de rechtspraak vooral belang hecht aan de deskundigheid op het terrein van de prestatie en niet zozeer aan de (juridische) deskundigheid op het terrein van exonerationen.<sup>1</sup>

---

1 Tjittes 1994, p. 210.

Ik kan Tjittes echter niet volgen wanneer hij Rijken verwijt het tegenovergesteld te beweren.<sup>2</sup> Als ik het goed zie, meent Rijken dat de (juridische) deskundigheid op het gebied van exonerationen, meer in het bijzonder de economische en juridische machtspositie van de leverancier, relevant is voor de waardering van de Saladin/HBU-omstandigheid 'de maatschappelijke positie van partijen'.<sup>3</sup> Dat betekent echter niet dat Rijken geen belang toekent aan de deskundigheid op het gebied van de prestatie. Dat doet hij wel. Rijken meent dat deskundigheid op het gebied van de prestatie van belang is voor het inkleuren van de zwaarte van de schuld.<sup>4</sup>

Dat deskundigheid op het gebied van de prestatie van invloed is op de zwaarte van de schuld blijkt uit Van Dijk/Bedaux.<sup>5</sup> Daarin beslist de Hoge Raad over het volgende. De ingenieur/architect Bedaux brengt een ontwateringspomp aan onder zijn huis om wateroverlast tegen te gaan. Bedaux verkoopt zijn huis aan Van Dijk. De koopovereenkomst bevat een exoneration voor verborgen gebreken. Later blijkt dat de ontwateringspomp ook het zand onder de fundering heeft weggezogen. Daardoor is de fundering over een lengte van drie meter niet meer dragend. Het Hof meent dat Bedaux niet aansprakelijk is voor deze schade omdat hij zich daarvoor heeft geëxonereerd en niet op de hoogte was van het gebrek. De Hoge Raad oordeelt dat het Hof ten onrechte niet is ingegaan op de stelling van Van Dijk 'dat Bedaux *als ingenieur en architect* een *ernstig verwijt* trof dat hij het ontzandingsgevolg van het gebruik van de ontwateringspomp niet voorzien had.' (cursivering TG). Als die stelling juist is en Bedaux Van Dijk niet op de hoogte heeft gesteld van het bestaan van de ontwateringspomp, dan kan Bedaux zich niet beroepen op zijn exoneration, aldus de Hoge Raad. Uit dit arrest blijkt dat de Hoge Raad de deskundigheid van de leverancier ('als ingenieur en architect') in verband brengt met de zwaarte van de schuld ('ernstig verwijt').

Opvallend is vooral dat de Hoge Raad in dat arrest strenger is dan in het Pseudo-vogelpest arrest.<sup>6</sup> Uit het Pseudo-vogelpest arrest blijkt, kort gezegd, dat men zich niet op een exoneration mag beroepen als men weet dat men een gebrekkige zaak verkoopt. Als men niet weet, maar wel behoort te weten, is het antwoord op de vraag of men zich op een exoneration mag beroepen, volgens het Pseudo-vogelpest arrest afhankelijk van de waardering van tal van omstandigheden. In Van Dijk/Bedaux gaat de Hoge Raad een stap verder. Daar oordeelt de Hoge Raad dat als men niet weet dat men een gebrekkige zaak verkoopt, maar dit *als deskundige* wel behoort te weten, men zich niet op een exoneration mag beroepen als men de koper niet op de hoogte stelt van

---

2 Tjittes 1994, p. 210 verwijst naar Rijken 1983, p. 158.

3 Rijken 1983, p. 158.

4 Rijken 1983, p. 158, 177 en 195; Rijken 1998, p. 369; Rijken 2001, p. 350.

5 HR 7 mei 1982, NJ 1983, 509 (concl. A-G Biegman-Hartogh; *Van Dijk/Bedaux*; m.nt. Brunner).

6 HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486 (concl. A-G ten Kate; *Van der Laan/Top of Pseudo-vogelpest*; m.nt. G.J. Scholten).

dat gebrek. De overige omstandigheden van het geval hoeven dan niet meer te worden gewaardeerd.

Rijken meent dat gespecialiseerde bedrijven zoals nutsbedrijven, adviesbureaus, aannemers en computerfirma's zich niet alleen als deskundig presenteren, maar dit ook zijn.<sup>7</sup> Dat leidt er volgens Rijken toe dat 'wanprestatie aan hun zijde niet zelden spoedig in de buurt komt van een ernstige mate van schuld ...' en 'menige zaak kan reeds op deze basis ten nadele van de exonerant worden beslist'.<sup>8</sup> Door de woorden 'niet zelden spoedig' en 'menige zaak' te gebruiken, lijkt Rijken te suggereren dat een deskundige leverancier vaak een ernstige mate van schuld te verwijten valt als er iets mis gaat omdat hij deskundig is en zijn exoneratie daarmee *per definitie* naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Voorzover Rijken dat suggereert, gaat hij mijns inziens te ver. Ik ben het in zoverre met Rijken eens dat een groot verschil in deskundigheid tussen leverancier en afnemer een belangrijke factor is in het bepalen van de zwaarte van de schuld aan de zijde van de leverancier. Echter, voorzover deze schuld niet is te kwalificeren als opzet of bewuste roekeloosheid van de leverancier of diens bedrijfsleiding, maar 'slechts' als een 'ernstige mate van schuld', is een beroep op de exoneratie niet *per definitie* naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar, maar blijven de overige Saladin/HBU-omstandigheden relevant.

Ook in het arrest CARD/CCV, dat overigens mede door Rijken is gewezen, wordt deskundigheid in verband gebracht met de zwaarte van de schuld.<sup>9</sup> In dat arrest oordeelt het Hof Arnhem: 'CCV valt *als deskundige* – immers een gespecialiseerd computercentrum – een *ernstig verwijt* te maken van de bij CARD ontstane schade ...'.

Tot slot is relevant dat in het arrest Diepop Bossche Vrieshuizen/Nouwens de Hoge Raad een verband aanbrengt tussen de deskundigheid van de leverancier en de zwaarte van zijn schuld. De Hoge Raad schrijft: 'In het licht van dit een en ander ligt de conclusie voor de hand dat Diepop *als professionele bewaarnemer* zelf heeft gehandeld met een in laakbaarheid aan opzet grenzende *schuld* en derhalve grove *schuld* heeft aan het ontstaan van de CO<sub>2</sub>-schade ...' (cursivering TG).<sup>10</sup>

#### 4.1.1 Deskundigheid van de leverancier

Welke mate van deskundigheid kan van een automatiseringsdeskundige worden geëist? Art. 7:401 BW bepaalt dat de opdrachtnemer (spreek: leveran-

---

<sup>7</sup> Rijken 1998, p. 369.

<sup>8</sup> Rijken 1998, p. 369.

<sup>9</sup> Hof Arnhem 8 maart 1994, NJ 1996, 701 (CARD/CCV).

<sup>10</sup> HR 30 september 1994, NJ 1995, 45 (concl. A-G Hartkamp; Diepop Bossche Vrieshuizen/Nouwens).

cier) bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht moet nemen. De Hoge Raad werkt deze algemene maatstaf ('goed opdrachtnemer') in zijn rechtspraak betreffende beroepsaansprakelijkheid uit in: de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht.<sup>11</sup> Het Hof Den Haag past dit criterium toe op de automatiseringsdeskundige in het hierna nog uitgebreid te bespreken arrest RBC/Brinkers.<sup>12</sup> Daar oordeelt hij dat voor de beoordeling van de vraag of de automatiseringsdeskundige RBC wanprestatie heeft gepleegd jegens de afnemer Brinkers, beslissend is of het advies van RBC 'al of niet voldeed aan de mate van zorgvuldigheid en deskundigheid die van een redelijk handelend en bekwaam automatiseringsdeskundige geëist mag worden.' In het vervolg zal ik de automatiseringsdeskundige als leverancier beschouwen, analyseren wanneer de beroepsaansprakelijkheidsmaatstaf mag/moet worden aangelegd en vaststellen wat die maatstaf inhoudt.

*Thole, Stuurman*

Mag de beroepsaansprakelijkheidsmaatstaf zonder meer worden toegepast op alle leveranciers, ongeacht hetgeen waartoe zij zich hebben verbonden? Het (impliciete) antwoord van Thole lijkt te zijn: ja. Zij meent dat 'op iedere automatiseringsdeskundige, ongeacht of dit contractueel is geregeld, een zorgplicht rust om ten minste zo zorgvuldig en deskundig te handelen als een redelijk handelend en bekwaam vakgenoot.'<sup>13</sup> Ook Stuurman lijkt deze mening te zijn toegedaan.<sup>14</sup> Hij meent dat zorgvuldigheid en deskundigheid de centrale criteria vormen aan de hand waarvan de beroepsuitoefening van een deskundige moet worden beoordeeld. Het handelen van een deskundige moet worden getoetst aan de inspanningen van een redelijk handelend vakgenoot, aldus Stuurman.

Voorzover Thole en Stuurman zo begrepen moeten worden, vraag ik mij af of deze benadering juist is. Het enkele feit dat een automatiseringsdeskundige handelt is naar mijn idee niet bepalend voor het toepassen van de maatstaf van een redelijk handelend en bekwaam vakgenoot. Deze regel gaat uit van twee veronderstellingen: er is sprake van een deskundige en het handelen van die deskundige moet worden getoetst. Ik ga graag mee in de veronderstelling

---

11 Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 6 en 24-26 met verwijzing naar malpractice rechtspraak met betrekking tot onder andere artsen, advocaten en notarissen.

12 Hof Den Haag 8 maart 1984, *Computerrecht* 1984-2, p. 29 (RBC/Brinkers), bekrachtigd door HR 11 april 1986, *Computerrecht* 1986-3, p. 174 (RBC/Brinkers). Voor het bepalen van het criterium verwijs ik naar het Hof Den Haag en niet naar de Hoge Raad. Dit doe ik omdat het Hof Den Haag het criterium heeft geformuleerd en de Hoge Raad zich, bij gebreke aan daarop betrekking hebbende cassatiemiddelen, niet over de geldigheid daarvan heeft kunnen uitspreken.

13 Thole 2000, p. 23.

14 Stuurman 1986a, p. 147; Stuurman 1986b, p. 34-35.

dat een ICT-leverancier als deskundige moet worden aangemerkt. Dit stemt overeen met de ontwikkelingen in de rechtspraak.

Met de veronderstelling dat het handelen van de deskundige moet worden getoetst, heb ik meer moeite. Deze veronderstelling gaat immers voorbij aan de voorvraag of het *handelen* van de deskundige aan de beroepsaansprakelijkheidsmaatstaf moet worden getoetst. Het antwoord op die vraag is mijns inziens niet afhankelijk van de hoedanigheid van de persoon, maar van het antwoord op de vraag: welke verbintenis(sen) rusten op die persoon? Het antwoord op die vraag bepaalt aan welke verplichtingen de leverancier moet voldoen. Het *handelen* van de leverancier mag pas worden getoetst aan de beroepsaansprakelijkheidsmaatstaf als de leverancier (mede) een overeenkomst van opdracht heeft gesloten. De beroepsaansprakelijkheidsmaatstaf 'zorgvuldigheid en deskundigheid die van een redelijk handelend en bekwaam automatiseringsdeskundige geëist mag worden' is immers een uitwerking van de toetsingsmaatstaf 'goed opdrachtnemer' (in de zin van art. 7:401 BW). In de parlementaire geschiedenis staat daarover het volgende:

'De leden van de CDA-fractie hebben aandacht gevraagd voor de betekenis van het in de rechtspraak gehanteerde criterium van 'een redelijk en bekwaam handelend vakgenoot' in verband met de voor opdracht in het algemeen in artikel 2 [art. 7:401 BW, TG] geformuleerde maatstaf, die verwijst naar de zorg van een goede opdrachtnemer. ... dat artikel 2 [art. 7:401 BW, TG] er niet toe strekt om een einde te maken aan de toepasselijkheid van de nadere maatstaven die in de rechtspraak zijn ontwikkeld voor bepaalde beroepsgroepen waarop de regels betreffende opdracht van toepassing zijn. Onder het nieuwe recht zal die rechtspraak derhalve zijn betekenis houden. Zij zal dan functioneren als een uitwerking van de algemene maatstaf van artikel 2 [art. 7:401 BW, TG] voor de groepen van gevallen waarop die rechtspraak betrekking heeft.'<sup>15</sup>

Het kan best zo zijn dat de leverancier alleen een koopovereenkomst heeft gesloten, zonder terzake te (hoeven) adviseren. Dan rust op de leverancier onder andere de verplichting een conforme zaak in de zin van art. 7:17 BW te leveren. In dat geval mag zijn handelen niet worden getoetst aan de beroepsaansprakelijkheidsmaatstaf, maar moet de verkochte zaak worden getoetst aan de conformiteitsmaatstaf. Ik werk deze gedachte hieronder verder uit.

#### *Rinzema & Beuving*

Rinzema en Beuving menen dat het van belang is onderscheid te maken tussen advisering en overige dienstverlening teneinde te kunnen bepalen wat van een ICT-dienstverlener verwacht kan worden.<sup>16</sup> Tegelijkertijd stellen zij vast dat dit onderscheid in de praktijk bijzonder lastig te maken is omdat (i) de adviseur de grenzen van het traditionele adviseren regelmatig overschrijdt

---

<sup>15</sup> *Kamerstukken I* 1992/93, 17 779, nr. 95b, p. 1 (M.v.A.).

<sup>16</sup> Rinzema & Beuving 2001, p. 302-303.

door zowel te adviseren alsook uit te voeren en (ii) advisering vaak arm in arm gaat met overige dienstverlening. De hierna uitgebreid te bespreken Breikant-zaak laat volgens hen zien dat de juridische maatstaven die gelden voor advies niet zonder meer toepasbaar zijn op ICT-dienstverleners omdat de taken die de dienstverlener op zich neemt 'onontwarbaar' zijn.<sup>17</sup>

Teneinde de dienstverlener toch te kunnen aanspreken op zijn verantwoordelijkheden, willen Rinzema en Beuving niet, zoals zij het uitdrukken, krampachtig vast blijven houden aan een tegenstelling tussen advisering en overige dienstverlening. Zij menen dat de *adviesnormen* van toepassing zijn als de dienstverlener een concrete oplossing voor een concreet probleem aandraagt dan wel zich voordoet als een partij die het welslagen van een ICT-project begeleidt. Echter, als die situatie zich niet voordoet (en de adviesnormen dus niet van toepassing zijn), maar er (wel) sprake is van een projectrelatie, pleiten Rinzema en Beuving voor toetsing aan de begrippen 'professionaliteit' en 'presentatie'. Deze begrippen gebruiken Rinzema en Beuving om nader invulling te geven aan hetgeen de afnemer van de dienstverlener mag verwachten. De afnemer mag van de dienstverlener verwachten dat hij handelt zoals van een professional mag worden verwacht, gezien zijn taak (de overeengekomen arbeid) en functie (zijn beroep, titel). De afnemer mag van de dienstverlener ook verwachten dat hij presteert conform de hoedanigheid waarin deze dienstverlener zich heeft geprofileerd (de presentatie).

Ook in de benadering van Rinzema en Beuving kan ik mij niet vinden. Zij gaan er van uit dat op de *algehele* relatie tussen afnemer en leverancier één set normen van toepassing is: of de adviesnormen (beroepsaansprakelijkheid) of de door hen bedachte normen professionaliteit en presentatie. Welk van deze twee set normen volgens Rinzema en Beuving in een concreet geval van toepassing is, is voor mij niet altijd even duidelijk. Rinzema en Beuving menen dat de adviesnormen 'zeer waarschijnlijk' van toepassing zijn als de afnemer niet of nauwelijks deelneemt aan de uitvoering van het project.<sup>18</sup> Van advisering is, naar zij menen, ook sprake als de dienstverlener de belangrijkste rol binnen het project op zich neemt. Echter, de normen professionaliteit en presentatie zijn huns inziens van toepassing als de afnemer wel deelneemt aan de uitvoering en/of de dienstverlener één van de belangrijke partijen bij de uitvoering van het project is. Door het gebruik van zowel indicatoren (de woorden 'zeer waarschijnlijk') alsook criteria (de woorden 'als de afnemer wel deelneemt aan de uitvoering') wordt het lastig te beoordelen wanneer met welke set normen moet worden gewerkt.

Welke normen zijn, volgens de theorie van Rinzema en Beuving, bijvoorbeeld van toepassing als een dienstverlener in het kader van een bedrijfsautomatisering samen met de afnemer software ontwikkelt (uitvoering) en adviseert over de aanschaf van hardware waarop die software zal draaien (advisering)?

---

17 Geschillencommissie Automatisering 12 juni 1997, *Computerrecht* 2001-6, p. 315 (Breikant).

18 Rinzema & Beuving 2001, p. 303.

In dit geval is het adviseren over de aan te schaffen hardware een sequeel van (en ondergeschikt aan) de softwareontwikkeling. In de ogen van Rinzema en Beuving zouden hier de normen professionaliteit en presentatie moeten worden toegepast. Er zou dus voor wat betreft de relatie tussen partijen gekeken moeten worden naar wat van die dienstverlener gezien zijn presentatie en geobjectiveerde taak en functie, mag worden verwacht.

Deze benadering komt in feite neer op absorptie. Aangezien er volgens Rinzema en Beuving maar één set normen van toepassing kan zijn, wordt gekeken naar het belangrijkste onderdeel van de overeenkomst. Vervolgens worden de normen die van toepassing zijn op het belangrijkste gedeelte van de overeenkomst van toepassing verklaard op de hele overeenkomst. Anders gezegd, de normen die van toepassing zijn op het belangrijkste onderdeel van de overeenkomst absorberen de normen die van toepassing zijn op het minder belangrijke onderdeel van de overeenkomst.

De aldus verdedigde absorptietheorie valt niet te verenigen met het wettelijk stelsel. De wetgever heeft in art. 6:215 BW gekozen voor de combinatietheorie. Deze theorie komt er op neer dat als een overeenkomst voldoet aan de omschrijving van twee of meer door de wet geregelde bijzondere overeenkomsten, de bepalingen van elk van deze overeenkomsten naast elkaar van toepassing zijn. Deze hoofdregel lijdt volgens voornoemd artikel slechts uitzondering als die bepalingen 'niet wel verenigbaar zijn of de strekking daarvan in verband met de aard van de overeenkomst zich tegen toepassing verzet.' Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat uitzonderingen op de hoofdregel moeten worden gemotiveerd: 'Ondergetekende ... ziet ... in het onderhavige artikel ... een zekere leidraad voor de partijen en de rechter, in deze zin dat de combinatietheorie hoofdregel is en dat uitzonderingen daarop wel gemotiveerd dienen te worden.'<sup>19</sup>

Rinzema en Beuving motiveren het afwijken van de in de wet verankerde combinatietheorie en het introduceren van een nieuwe set normen (impliciet) door te wijzen op de 'onontwarbaarheid' van de taken van de dienstverlener. Dat iemand meerdere taken op zich neemt, is mijns inziens op zich geen reden van het wettelijk stelsel af te wijken. Het is waar dat de samenloop van advies- en leveranciersactiviteiten tot kwalificatievragen aanleiding geeft.<sup>20</sup> Deze vragen zijn echter niet onoplosbaar, zoals ik hierna zal betogen.

Bovendien introduceren Rinzema en Beuving mijns inziens een schijnoplossing. Het ene, in hun ogen onoplosbare probleem (onontwarbaarheid van taken) vervangen zij door een ander probleem (bepalen wanneer beoordeeld moet worden aan de hand van adviesnormen en wanneer aan de hand van

---

<sup>19</sup> Parl. Gesch. Boek 6, p. 873 (Rapport aan de Koningin).

<sup>20</sup> Berkvens 1987, p. 202 meent in zijn voor het overige lovende boekbespreking van Stuurman 1986b dat Stuurman slechts beperkt ingaat op de consequenties van samenloop van advies- en leveranciersactiviteiten. Berkvens benadrukt daarmee naar mijn idee terecht het belang van deze samenloop.

de normen professionaliteit en presentatie). Ook maken Rinzema en Beuving naar mijn mening onvoldoende aannemelijk waarom opeens nieuwe normen moeten worden geformuleerd terwijl niet vaststaat dat de huidige normen niet voldoen.

#### *Verbintenis bepaalt aard verplichtingen*

Zoals gezegd ben ik van mening dat de verplichtingen waaraan de leverancier moet voldoen bepaald worden door de verbintenissen die volgens contract, wet en rechtspraak op hem rusten. Ik zal proberen deze stelling te verduidelijken aan de hand van twee voorbeelden.

Het eerste voorbeeld luidt als volgt. Een afnemer vraagt een leverancier met naam en toenaam aangeduide hardware aan hem te verkopen, zonder daarbij prijs te stellen op advies. De leverancier verkoopt en levert die specifieke hardware aan de afnemer. Waartoe heeft de leverancier zich verbonden? Naar mijn idee tot het geven van een zaak (art. 7:1 BW) die conform is (art. 7:17 BW), niet tot het verrichten van werkzaamheden (art. 7:400 BW) als een goed opdrachtnemer (art. 7:401 BW). Indien de hardware niet goed functioneert en schade veroorzaakt, moet dus worden getoetst of de hardware conform was (art. 7:17 BW). Met Vandenberghe meen ik dat niet relevant is of de leverancier als goed opdrachtnemer gehandeld heeft, dat wil zeggen gehandeld heeft met de mate van zorgvuldigheid en deskundigheid die van een redelijk handelend en bekwaam leverancier geëist mag worden (art. 7:401 BW).<sup>21</sup> Het gaat hier om een conformiteitstoets, niet om een beroepsaansprakelijkheidstoets.

Het tweede voorbeeld betreft een variant op het eerste voorbeeld. Stel de afnemer vraagt de leverancier hardware aan hem te verkopen die geschikt is voor gebruik in zijn bedrijf. De leverancier adviseert de afnemer vervolgens bepaalde hardware te kopen. De afnemer koopt de aldus geadviseerde hardware van de leverancier. Naar mijn idee is hier sprake van een gemengde overeenkomst in de zin van art. 6:215 BW. Zij voldoet immers aan de omschrijving van twee verschillende soorten bijzondere overeenkomsten, de overeenkomst van opdracht (art. 7:400 e.v. BW) en de overeenkomst van koop (art. 7:1 e.v. BW). Art. 6:215 BW behelst de hoofdregel dat in dat geval de bepalingen van beide soorten overeenkomsten naast elkaar van toepassing zijn. Bij het uitvoeren van zijn adviestaken moet de leverancier voldoen aan de zorgvuldigheid en deskundigheid die van een redelijk handelend en bekwaam leverancier geëist mag worden. Bij het uitvoeren van de koopovereenkomst moet de leverancier onder andere conforme hardware leveren.

Wat nu als de geleverde hardware in het tweede voorbeeld niet geschikt is voor gebruik in het bedrijf van de afnemer en daardoor schade ontstaat. Welke mogelijkheden staan de afnemer dan ten dienste van de leverancier

---

21 Vandenberghe 1984, p. 82 meent dat als software 'over de toonbank' wordt gekocht in een computershop, het absurd zou zijn te stellen dat in zo'n geval een bijstandsplicht op de leverancier rust.

schadevergoeding te verkrijgen? Dat moet worden bepaald door het antwoord op de vraag door de schending van welke verbintenis de schade is veroorzaakt. Is de schade veroorzaakt doordat het advies niet voldeed aan de mate van zorgvuldigheid en deskundigheid die van een redelijk handelend en bekwaam leverancier geëist mag worden? In dat geval is de leverancier tekort geschoten in de nakoming van het gedeelte van de overeenkomst dat als overeenkomst van opdracht is te kwalificeren. De schade kan echter ook zijn veroorzaakt doordat de hardware non-conform was. In dat geval is de leverancier tekort geschoten in de nakoming van het gedeelte van de overeenkomst dat als koopovereenkomst is aan te merken. Uiteraard is het ook mogelijk, zo niet waarschijnlijk, dat de schade is veroorzaakt door schending van beide verbintenissen. In dat geval kan de afnemer kiezen voor welk anker hij gaat liggen: non-conformiteit, beroepsaansprakelijkheid of beide (primair/subsidiair). Welke keuze hij maakt zal onder andere afhangen van zijn bewijspositie en overige gevolgen (zoals klacht- en verjaringstermijnen) die verbonden zijn aan zijn keuze.

Als voorbeeld voor de toepassing van de combinatietheorie in de ICT valt te noemen het vonnis van de Rechtbank Maastricht in de zaak Houben/Lintsen.<sup>22</sup> Volgens deze uitspraak besteedt Lintsen elektrotechnische en automatiseringswerkzaamheden met betrekking tot een aantal productielijnen uit aan Houben. Houben vordert in conventie betaling van onbetaalde facturen, Lintsen in reconventie ontbinding en schadevergoeding wegens wanprestatie. De rechtbank meent dat de overeenkomst moet worden gezien als een overeenkomst van opdracht voor wat betreft de automatiseringswerkzaamheden en aanneming van werk voor wat betreft de elektrotechnische werkzaamheden.

Laten we in het vervolg van deze paragraaf gemakshalve veronderstellen dat de leverancier een overeenkomst van opdracht sluit. Voor het beoordelen of sprake is van een tekortkoming in de nakoming van die overeenkomst, moet dus worden getoetst of het handelen van de leverancier voldoet aan hetgeen van een redelijk handelend en bekwaam leverancier geëist mag worden. Het is belangrijk vast te stellen dat hier sprake is van een minimumnorm. Als de daadwerkelijke deskundigheid van de leverancier lager is dan de minimumnorm, dan wordt zijn handelen desalniettemin aan de minimumnorm getoetst. Bezit de deskundige echter een hogere mate van deskundigheid dan de minimumnorm, dan moet zijn handelen aan deze hogere mate van deskundigheid worden getoetst.

Overigens is het bepalen van de verbintenissen die op de leverancier rusten niet alleen relevant voor het bepalen van de verplichtingen die daaruit volgens de wet voortvloeien. Ook contracten kunnen bepalen dat het rechtsgevolg bij schending van de ene verbintenis verschilt van die van een andere verbintenis. Zo hanteren de BiZa-contracten twee exoneraties die afhankelijk zijn van de

---

22 Rechtbank Maastricht 23 mei 2003, *Zaaknummer*:58591/HAZA 00-769, *LJN-nummer*: AE4126 (*Houben/Lintsen*).

aard van de geschonden verbintenis: een exoneration voor beroepsaansprakelijkheid en een (doorgaans lagere) exoneration voor alle andere vormen van aansprakelijkheid. Verder komt in de BiZa-contracten een aparte exoneration voor schade aan personen en zaken voor. Die exoneration is niet afhankelijk van de geschonden verbintenis, maar van de aard van de ingetreden schade.

*Tijdsverloop beïnvloedt zwaarte verplichtingen*

Hierboven heb ik verdedigd dat de aard van de verplichtingen waaraan de leverancier kan worden gehouden, wordt bepaald door de verbintenis(sen) die volgens contract, wet en rechtspraak op hem rusten. De zwaarte van die verplichtingen wordt mede bepaald door tijdsverloop.<sup>23</sup> Dit zeg ik omdat ICT-projecten vaak maanden, zo niet jaren, duren.

Mijns inziens moet het minimumniveau van de verplichtingen waaraan de leverancier moet voldoen voor het eerst worden vastgesteld op het moment dat de betreffende overeenkomst wordt gesloten. Dat minimumniveau wordt vastgesteld aan de hand van de verbintenis(sen) die op de leverancier rusten. Moet de leverancier zijn werkzaamheden verrichten krachtens een overeenkomst van opdracht, dan moet hij bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen (art. 7:401 BW), dat wil zeggen voldoen aan de mate van zorgvuldigheid die van een redelijk handelend en bekwaam leverancier geëist mag worden (RBC/Brinkers).<sup>24</sup> Is de daadwerkelijke deskundigheid van de leverancier op een hoger niveau dan dit minimumniveau, dan wordt het minimumniveau 'vastgezet' op het niveau van de daadwerkelijke deskundigheid.

Het moment waarop het schadeveroorzakende feit zich voordoet, is het tweede moment waarop het niveau van de verplichtingen waaraan de leverancier moet voldoen wordt vastgesteld. Is dit niveau op dat moment onder of op het minimumniveau, dan wordt het niveau bepaald op het minimumniveau. Is dit niveau op dat moment boven het minimumniveau, dan wordt het niveau bepaald op het daadwerkelijke niveau. Vervolgens wordt dit niveau afgezet tegen dat van de afnemer (zie 4.1.3).

Over het algemeen zal de deskundigheid van de leverancier toenemen gedurende het ICT-project. Bij bijvoorbeeld outsourcen kunnen deze niveaus echter abrupt veranderen. Ik waag mij hier niet aan een uitputtende definitie van het begrip outsourcing. Voor dit voorbeeld volstaat het outsourcing als

---

23 Zie ook HR 14 december 1973, NJ 1974, 127 (*De Boer/Wittenberg*; m.nt. G.J. Scholten) waar de Hoge Raad de omstandigheid 'eventuele veranderingen sedert de totstandkoming van de overeenkomst' introduceert voor de toetsing van een beding in een huurcontract.

24 Hof Den Haag 8 maart 1984, *Computerrecht* 1984-2, p. 29 (*RBC/Brinkers*), bekrachtigd door HR 11 april 1986, *Computerrecht* 1986-3, p. 174 (*RBC/Brinkers*). Voor het bepalen van het criterium verwijs ik naar het Hof Den Haag en niet naar de Hoge Raad. Dit doe ik omdat het Hof Den Haag het criterium heeft geformuleerd en de Hoge Raad zich, bij gebreke aan daarop betrekking hebbende cassatiemiddelen, niet over de geldigheid daarvan heeft kunnen uitspreken.

volgt uit te leggen. Een onderneming draagt een deel van zijn bedrijfsactiviteiten, in dit voorbeeld de ICT-werkzaamheden, (onder andere) uit kostenoverwegingen over aan een derde, in dit geval een ICT-leverancier. De werknemers die vóór de outsourcing tot de ICT-afdeling van de afnemer behoren, gaan in beginsel over op de leverancier door overgang van onderneming (art. 7:662 e.v. BW). Op dat moment beschikt de leverancier in de regel over een hoop aanvullende kennis over de ICT-diensten die de afnemer afneemt. Deze kennis wordt aan de leverancier toegerekend op het moment dat deze ICT-afdeling bij hem in dienst is getreden.

#### *Rechtspraak beroepsaansprakelijkheid leverancier*

Welke eisen kunnen volgens de beroepsaansprakelijkheidsmaatstaf concreet aan een leverancier worden gesteld? Op hem kunnen bepaalde informatie-, waarschuwings- en adviesplichten rusten. Welke van deze verplichtingen op hem rusten en wat de zwaarte daarvan is, zal onder andere afhangen van de aard van de werkzaamheden die hij op zich heeft genomen en de mate van deskundigheid die hij bezit althans geacht wordt te bezitten. Een en ander zal ik hierna verduidelijken aan de hand van een aantal ICT-uitspraken. Ik vat deze uitspraken eerst samen en distilleer daaruit vervolgens de grote lijnen.

Over het algemeen wordt aangenomen dat deze informatie-, waarschuwings- en adviesplichten zwaarder zijn naarmate de leverancier (meer) adviseert. Een leverancier adviseert als hij een oplossing aanbiedt voor de organisatie van de afnemer of ingaat op verzoeken van de afnemer om raad.<sup>25</sup> Zoals uit deze uitspraken blijkt, wordt vrij snel aangenomen dat leveranciers adviseren en dat de schade veroorzaakt is door het niet, althans niet behoorlijk, nakomen van de adviesverplichting.

#### *Magneetkaart*

Volgens een arbitrale uitspraak, die ik Magneetkaart noem, koopt een afnemer in 1975 van een leverancier een magneetkaartcomputer voor directe informatieverwerking met daarbij behorende software.<sup>26</sup> Hoewel het systeem *an sich* functioneert, is het niet bruikbaar in het bedrijf van de afnemer. Het uitzoeken, invoeren en nadien weer opbergen van de grote hoeveelheid magneetkaarten kost zo veel tijd dat met het systeem praktisch niet te werken valt. De leverancier vordert betaling van de gefactureerde bedragen omdat de afnemer weigert deze te betalen.

De arbiters oordelen dat de leverancier, als verkoper van specialistische hardware zich, voordat hij contracteerde met de afnemer (die op dat gebied een leek is), had moeten afvragen of deze hardware in redelijkheid bruikbaar

---

<sup>25</sup> Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 141.

<sup>26</sup> Raad van Arbitrage voor Metaalnijverheid en -Handel 12 oktober 1979, *TvA* 1980/1, p. 18 (*Magneetkaart*).

kon zijn voor de afnemer. Gezien de aard van het bedrijf van de afnemer en de stand van de techniek in 1975 kon de leverancier deze vraag bevestigend beantwoorden, aldus de arbiters. De arbiters rekenen de afnemer aan dat hij geen adviseur heeft ingeschakeld voordat hij met de leverancier in zee ging. Bovendien verwijten de arbiters de afnemer dat hij zich niet heeft onthouden van het geven van verdere opdrachten toen hij aan het nut van het systeem ging twijfelen. De afnemer wordt veroordeeld tot betaling van de openstaande bedragen.

*Broere/Olivetti*

Broere koopt vóór 1979 geavanceerde elektronische hardware van Olivetti.<sup>27</sup> Deze hardware kan slechts worden gebruikt in een omgeving die aan strenge eisen voldoet. Olivetti verricht geen vooronderzoek naar de omstandigheden in het bedrijf van Broere. Partijen komen overeen dat Broere (niet Olivetti) zou zorgen voor de ‘conditionering’ van de ruimte waar de hardware zou worden geplaatst. Nadien blijkt dat de omstandigheden in de ruimte waar de hardware wordt geplaatst zo ongunstig zijn dat de hardware niet goed werkt. Olivetti vordert betaling van de openstaande rekeningen. Broere vordert (in reconventie) ontbinding en schadevergoeding wegens wanprestatie.

De Rechtbank meent, gelet op het ernstig falen van Olivetti, dat Olivetti jegens Broere wanprestatie heeft gepleegd en wijst de vordering van Olivetti af en de vorderingen van Broere toe. Olivetti stelt hoger beroep in en beroept zich bij pleidooi op haar algemene voorwaarden. De algemene voorwaarden sluiten aansprakelijkheid voor alle vormen van schade uit.

Het Hof oordeelt dat Broere heeft mogen aannemen dat de ruimte waar zij de hardware wilde plaatsen daarvoor geschikt was, althans dat zij deze middels ‘conditionering’ geschikt zou kunnen maken en dat Olivetti hierover zou kunnen adviseren. Immers, Olivetti is volgens het Hof in haar relatie tot Broere te beschouwen als een deskundige, die de strenge eisen die aan de omgeving worden gesteld, precies kent en geacht moet worden in staat te zijn te beoordelen of de omgeving waarin Broere de hardware wilde plaatsen aan die eisen voldeed. De vordering van Olivetti wordt afgewezen door het Hof omdat Olivetti tekort schoot in de op haar rustende verplichtingen. De vordering van Broere wordt eveneens afgewezen vanwege Olivetti’s aansprakelijkheidsuitsluiting.

De Hoge Raad vernietigt het arrest van het Hof. Het Hof had geen acht mogen slaan op de aansprakelijkheidsuitsluiting omdat daarop pas bij pleidooi een beroep werd gedaan. De Hoge Raad doet de zaak zelf af door het vonnis van de Rechtbank te bekrachtigen.

---

27 HR 11 november 1983, NJ 1984, 298 (concl. A-G Mok; *Broere/Olivetti*).

*RBC/Brinkers*

In 1977 vraagt Brinkers, een margarine fabriek, aan RBC te adviseren over het opnieuw automatiseren van haar op mainframes gebaseerde bedrijfsvoering.<sup>28</sup> Brinkers dringt daarbij aan op spoed omdat zij de op dat moment in gebruik zijnde computers op korte termijn buiten gebruik wil stellen. RBC adviseert Brinkers een minicomputer aan te schaffen die op realtime verwerking is ingesteld. Ook adviseert RBC Brinkers de bestaande programma's 1 op 1 over te zetten op deze nieuwe minicomputer. RBC attendeert Brinkers erop dat in verband met de gekozen snellere methode uitgegaan moet worden van de op dat moment bekende, beperkte gegevens. RBC meldt in een vergadering dat eigenlijk eerst een gedegen informatieplan moet worden uitgewerkt als basis voor de automatisering, maar dat alle aanwezigen ervan uitgaan dat ter wille van de snelheid een concessie is vereist. Om die reden stelt RBC geen diepgaand onderzoek in naar de bedrijfsstructuur van Brinkers. RBC zet tijdens voornoemde vergadering verder uiteen dat Brinkers goeddeels af moet gaan op het advies van RBC en zich daarover niet mede een oordeel kan vormen omdat zij niet dezelfde expertise bezit als RBC. RBC selecteert het softwarebedrijf ACT om een systeemanalyse te maken en de software te programmeren.

Het nieuwe systeem functioneert gebrekkig. Er ontstaat een grote achterstand in Brinkers' administratie, waardoor Brinkers aanzienlijke schade lijdt. Brinkers verbreekt de relatie met RBC en probeert haar schade op RBC te verhalen.

De Rechtbank wijst de vorderingen van Brinkers af. In hoger beroep formuleert het Hof Den Haag het criterium aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of RBC wanprestatie heeft gepleegd. Het Hof stelt voorop dat voor de beoordeling van de vraag of RBC wanprestatie heeft gepleegd beslissend is *of het advies* de bewuste minicomputer te kiezen – mede gelet op de gegevens omtrent de gang van zaken in het bedrijf van Brinkers die RBC ten tijde van het geven van het advies ter beschikking stonden – *al of niet voldeed aan de mate van zorgvuldigheid die van een redelijk handelend en bekwaam leverancier geëist mag worden*.

Het Hof bepaalt vervolgens wat Brinkers *in concreto* van RBC mocht verwachten. Aan RBC kan volgens het Hof als organisatiedeskundige verweten worden dat zij te gemakkelijk aannam dat Brinkers een gewone verkooporganisatie was, hetgeen niet het geval was, en dat daarom een minicomputer met een realtime verwerking zou voldoen. Gezien de grote belangen die op het spel stonden, mocht van een zorgvuldig handelend adviseur als RBC worden verwacht dat zij, voordat zij haar advies uit bracht, een deugdelijk onderzoek instelde naar de structuur van het bedrijf. Dat heeft RBC niet gedaan. Uit getuigenverklaringen en deskundigenrapporten leidt het Hof af dat het merendeel van Brinkers administratiesystemen vroeg om een batchverwerking en

---

28 Hof Den Haag 8 maart 1984, *Computerrecht* 1984-2, p. 29 (*RBC/Brinkers*), bekrachtigd door HR 11 april 1986, *Computerrecht* 1986-3, p. 174 (*RBC/Brinkers*).

er relatief weinig behoefte is aan realtime verwerking. Gezien deze vele batchprocessen voldoet RBC's advies een minicomputer aan te schaffen, die vooral voor realtime verwerking geschikt is, niet aan de mate van zorgvuldigheid die van een redelijk handelend en bekwaam leverancier geëist mag worden. Als RBC wel voorafgaand aan de implementatie een deugdelijk onderzoek zou hebben verricht, zou haar duidelijk zijn geworden dat de minicomputer niet geschikt was voor de vele batchprocessen in het bedrijf van Brinkers en dat het 1 op 1 overzetten van de batchgeoriënteerde programma's op een computer die was ingesteld op realtime verwerking problemen zou opleveren.

Ook het feit dat Brinkers op spoed aandrang disculpeert RBC niet, aldus het Hof. RBC had, als dit nodig was om een verantwoord advies uit te brengen, de benodigde tijd voor een diepgaand onderzoek naar de bedrijfsstructuur van Brinkers moeten verlangen. De mededelingen van RBC dat uitgegaan wordt van beperkte gegevens en dat ter wille van de snelheid een concessie is vereist, zijn naar het oordeel van het Hof te algemeen en vrijblijvend van aard om te kunnen worden aangemerkt als voorbehouden met betrekking tot het advies of om te kunnen concluderen tot risicoaanvaarding door Brinkers. Wanneer RBC de risico's, die zijn verbonden aan de gekozen snelle methode, niet voor haar rekening wenste te nemen, had zij dit volgens het Hof uitdrukkelijk moeten stipuleren, te meer omdat RBC begreep en ook moest begrijpen dat Brinkers voer op het kompas van de door haar ingeschakelde adviseur.

Het Hof oordeelt verder dat RBC zich evenmin mag verschuilen achter haar stelling dat ACT's software gebrekkig is. ACT programmeerde op basis van de adviezen en de informatie die RBC aan haar verstrekke. De ontstane problemen zouden niet zijn opgelost als deze software wel functioneerde. De oorzaak van die problemen lag immers in het verkeerd gekozen uitgangspunt een computer aan te schaffen die op realtime verwerking is ingesteld. De Hoge Raad bevestigt het oordeel van het Hof.

#### *Dolmans/Burroughs*

Uit de arbitrale uitspraak Dolmans/Burroughs blijkt dat Burroughs zich in 1982 en 1983 verplicht twee apotheken van Dolmans in clusterverband te automatiseren.<sup>29</sup> Burroughs levert de systemen te laat en als ze eenmaal geleverd zijn, veroorzaken ze storingen waardoor een administratieachterstand van twee maanden ontstaat. Dolmans vordert ontbinding en schadevergoeding wegens wanprestatie.

De Stichting Raad van Arbitrage voor Metaalnijverheid en -Handel oordeelt dat de teleurstellingen zijn veroorzaakt doordat het systeem niet gefaseerd in gebruik is genomen, Dolmans te veel extra eisen stelde en teveel binnen te korte tijd verwachtte van Burroughs, zichzelf en zijn personeel. Arbiters verwijten Burroughs dat zij Dolmans niet van ongefaseerde ingebruikneming

---

29 Stichting Raad van Arbitrage voor Metaalnijverheid en -Handel 18 februari 1985, *Computerrecht* 1985-6, p. 27 (Dolmans/Burroughs; m.nt. F.C. Kollen).

heeft weerhouden, hoewel zij als deskundige had behoren te voorzien dat dit tot problemen zou leiden. Verder menen arbiters dat Burroughs over het hoofd zag dat zij niet uitsluitend optrad als leverancier, maar ook als expert waarop een leek moet kunnen vertrouwen. Burroughs had Dolmans voor te hoog gespannen verwachtingen dienen te behoeden, aldus de arbiters. Toch wijzen de arbiters Dolmans vorderingen af, omdat de op de overeenkomst toepasselijke VIFKA-voorwaarden ontbinding en schadevergoeding uitsluiten en de wanprestatie van Burroughs volgens arbiters niet van voldoende belang is om in de weg te staan aan een beroep op de VIFKA-voorwaarden.

#### *Atel/CAI Bommel*

Atel adviseert de Stichting CAI Bommel bij de aanleg en exploitatie van een centrale antenne-inrichting (CAI) voor radio- en televisieprogramma's.<sup>30</sup> Stichting CAI Bommel stelt een programma van eisen op. Atel stelt op basis van dit programma van eisen een bestek op waaraan de CAI moet voldoen. De Stichting CAI Bommel geeft een derde opdracht de CAI te ontwikkelen op basis van het bestek. Deze derde ontwikkelt de CAI conform het bestek. Echter, de CAI blijkt niet van voldoende kwaliteit te zijn. Daardoor zijn verbeteringen nodig. De Stichting CAI Bommel vordert exploitatieverliezen en de kosten van de verbeteringen.

De Rechtbank Arnhem meent dat Atel als de professionele, bij uitstek deskundige partij moet worden beschouwd. Zij aanvaardde de mogelijkheden die in het programma van eisen waren opgenomen. Daarvoor heeft zij in te staan. Ook als een derde conform het door Atel gemaakte bestek een opdracht uitvoert. Atel wordt daarom veroordeeld tot betaling van de exploitatieverliezen en de kosten van de verbeteringen.

#### *CVG/PSA*

PSA levert in 1985 standaardsoftware aan en ontwikkelt maatwerksoftware voor de papierfabriek CVG.<sup>31</sup> PSA verplicht zich deze software af te stemmen op de aanwezige hardware. De toepasselijke algemene voorwaarden van PSA bepalen dat haar aansprakelijkheid beperkt is tot een bedrag van NLG 100.000. Het door PSA geleverde systeem heeft nooit integraal operationeel gedraaid, onder andere vanwege opslagproblemen. CVG ontbindt de overeenkomst en vordert schadevergoeding wegens wanprestatie.

De Rechtbank Zwolle oordeelt dat geen sprake is van een zodanige mate van schuld aan de zijde van PSA dat zij geen beroep zou mogen doen op haar aansprakelijkheidsbeperking. Daarbij acht de Rechtbank van belang dat het automatiseringsproject betrekking heeft op een geheel productieproces. Dat

---

30 Rechtbank Arnhem 11 oktober 1984, *Computerrecht* 1987-4, p. 260 (*Atel/CAI Bommel*); Rechtbank Arnhem 14 november 1985, *Computerrecht* 1987-4, p. 262 (*Atel/CAI Bommel*).

31 Rechtbank Zwolle 17 april 1991, *Computerrecht* 1992-3, p. 126 (*CVG/PSA*).

is volgens de Rechtbank zodanig omvangrijk en ingewikkeld dat velerlei niet voorziene en ook moeilijk voorzienbare en niet eenvoudig onderkenbare complicaties kunnen optreden. De Rechtbank verwijt PSA dat zij zich niet op de hoogte heeft gesteld van de eigenschappen van de hardware met het oog op de afstemming tussen hard- en software. Had zij dat wel gedaan, dan had zij de opslagproblemen kunnen onderkennen en verhelpen.

#### CARD/CCV

In CARD/CCV oordeelt het Hof Arnhem over het volgende.<sup>32</sup> CARD sluit op 30 juni 1987 een overeenkomst met Esso, waarbij Esso het gebruik van de creditcard van CARD – de Van der Valk Clubcard – met ingang van 1 juni 1987 als betaalmiddel accepteert. Die overeenkomst bepaalt: 'Teneinde CARD B.V. in het bezit te stellen van geautomatiseerd verwerkte transacties op tape, gaat CARD B.V. onvoorwaardelijk akkoord met datacommunicatie tussen de point-of-sale terminal en een mainframe van Esso of van een door haar aangewezen derde.' Esso wijst CCV als derde aan.

CARD sluit met CCV een overeenkomst, waarop door CCV uitdrukkelijk de COSSO-voorwaarden van toepassing worden verklaard. De COSSO-voorwaarden zijn opgesteld door de (toenmalige) branchevereniging van ICT-leveranciers. De overeenkomst verplicht CCV om alle gegevens betreffende de elektronische transacties bij Esso, waarbij gebruik wordt gemaakt van een Van der Valk Clubcard, op te halen en per diskette aan CARD te leveren. Omstreeks 5 maart 1991 levert CCV aan CARD een computerdiskette met onjuiste elektronische (creditcard-)gegevens, ten gevolge waarvan aan een aantal kaarthouders een foutieve factuur wordt verstuurd en de rekeningen van die kaarthouders die daartoe een machtiging hadden afgegeven, voor onjuiste bedragen worden gedebiteerd. CCV levert achtereenvolgens twee diskettes ter correctie bij CARD en CARD herstelt de fouten tenslotte. CARD stelt CCV aansprakelijk voor de herstelkosten.

De Rechtbank Arnhem honoreert CCV's beroep op de exoneration in de COSSO-voorwaarden. In hoger beroep oordeelt het Hof Arnhem echter dat het beroep van CCV op de bewuste exoneration in de COSSO-voorwaarden jegens CARD onder de hierna te noemen omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het Hof baseert dit oordeel op de volgende – in onderling verband en samenhang te beschouwen – feiten en omstandigheden:

- 1 CCV valt als deskundige – immers een gespecialiseerd computercentrum – een ernstig verwijt te maken van de bij CARD ontstane schade door:
  - a. een computerdiskette met onjuiste elektronische (creditcard-)gegevens te leveren;

---

32 Hof Arnhem 8 maart 1994, NJ 1996, 701 (CARD/CCV).

- b. CARD niet van te voren op de hoogte te brengen van een wijziging van haar software waardoor de foutieve computerdiskette wordt veroorzaakt;
  - c. geen controle toe te passen op het effect van deze wijziging;
  - d. terwijl CCV wist althans behoorde te weten dat CARD – die immers niet over de ‘onderliggende’ transactiebonnen beschikte – erop moet kunnen vertrouwen en erop vertrouwd dat de gegevens op de computerdiskette juist zijn; en
  - e. aldus het risico van calamiteiten zoals die zich in casu hebben geopenbaard op welhaast roekeloze wijze eenzijdig op CARD af te wentelen;
- 2 de exoneratie is eenzijdig door de brancheorganisatie van CCV opgesteld;
- 3 de exoneratie is voor CARD uiterst nadelig want deze:
- a. houdt een vergaande uitsluiting van aansprakelijkheid in (in casu zou de schadevergoeding volgens de COSSO-voorwaarden slechts maximaal NLG 1.002,63 kunnen bedragen); en
  - b. geeft dientengevolge een wanverhouding te zien tussen de exoneratie voor (nagenoeg) elke aansprakelijkheid en een mogelijk zeer aanzienlijke schade.

#### *Breikant*

In Breikant beslissen de arbiters benoemd door de Stichting Geschillenoplossing Automatisering (SGOA) over de volgende feiten.<sup>33</sup> Een fabrikant van breikant en aanverwante producten wenst zijn voorraad te verminderen en zijn machines efficiënter te bezetten. Begin 1992 vraagt deze fabrikant een adviseur te adviseren bij de keuze voor een nieuw automatiseringspakket dat dit mogelijk maakt. Ook vraagt de fabrikant de adviseur hem te begeleiden in het daaropvolgende implementatietraject. Op de adviesovereenkomst zijn de COSSO-voorwaarden 1990/1993 van toepassing. Dit zijn voorwaarden die zijn opgesteld door de (toenmalige) branchevereniging van ICT-leveranciers. De fabrikant en de adviseur stellen samen een definitiestudie op. Volgens de definitiestudie is van cruciaal belang dat medewerkers van de fabrikant zich committeren aan het project en daarvoor voldoende tijd vrij maken.

Een stuurgroep wordt in het leven geroepen. De directeur van de fabrikant zit de stuurgroep voor. De stuurgroep stelt een plan van aanpak op. Dat plan bepaalt dat het project onder verantwoordelijkheid van de fabrikant wordt uitgevoerd, dat gebruik wordt gemaakt van de expertise en assistentie van de adviseur en dat de fabrikant en de leverancier het project gezamenlijk zullen managen. In het plan van aanpak wordt voor een bepaald besturingsconcept gekozen met als doel kortere en betrouwbaardere levertijden en het vroegtijdig kunnen informeren van klanten. De stuurgroep kiest voor een bepaald standaard automatiseringspakket omdat dit het beste past in het besturingsconcept

---

33 Geschillencommissie Automatisering 12 juni 1997, *Computerrecht* 2001-6, p. 315 (Breikant).

en stelt daarbij als randvoorwaarden dat (de kosten van) maatwerk minimaal zijn en continuïteit in release-opvolging gewaarborgd wordt.

De fabrikant sluit een turnkey-overeenkomst met de leverancier van het standaard automatiseringspakket. Volgens die overeenkomst wordt voor het automatiseringspakket een vaste prijs in rekening gebracht en wordt voor eventueel maatwerk gefactureerd op basis van bestede tijd. Een aangepaste versie van het plan van aanpak, die na het sluiten van de turnkey-overeenkomst is opgesteld, bepaalt dat de verwachte behoefte aan maatwerk bij het gekozen pakket nihil is. Toch moet de leverancier nadien een groot aantal maatwerkopdrachten uitvoeren. Hierdoor worden de verwachte kosten ruimschoots overschreden. Ten gevolge van invoering van dat pakket ontstaan grote administratieve en logistieke problemen bij de fabrikant. De schade van de fabrikant bedraagt NLG 2.983.571,51. De fabrikant vordert ontbinding en schadevergoeding wegens wanprestatie.

De SGOA-arbiters oordelen dat de adviseur tekort is geschoten in het adviseren van het besturingsconcept en het automatiseringspakket, het begeleiden van de contractsonderhandelingen met de leverancier en het voorstellen van maatregelen om een cultuurverandering door te voeren. De arbiters komen tot deze conclusies op basis van de volgende overwegingen.

Over de keuze van het besturingsconcept oordelen de arbiters als volgt. Zij stellen vast dat partijen van mening verschillen over de vraag wat voor soort besturingsconcept is gekozen. De fabrikant meent dat gekozen is voor de overgang van een voorraadgerichte naar een klantordergerichte productie. De adviseur meent dat gekozen is voor een productie die in belangrijke mate op voorraad is gericht en niet primair op klantorders. Het gekozen besturingsconcept geeft in ieder geval niet voldoende duidelijk aan in hoeverre daarmee de gewenste doelen kunnen worden bereikt. Hoewel de verantwoordelijkheid voor de keuze van het besturingsconcept uiteindelijk bij het management van de fabrikant ligt, speelt de adviseur als deskundig adviseur een belangrijke – zo niet doorslaggevende – rol. De fabrikant mag er van uitgaan dat de logistieke specialisten van de adviseur die het besturingsconcept hebben opgesteld, met kennis van zaken te werk gaan. Juist om een zo ingewikkelde kwestie op te lossen doet men een beroep op een deskundige adviseur. Op de adviseur rust dan ook de plicht de fabrikant ervan te weerhouden een verkeerde richting aan te houden door waarschuwend op te treden. De arbiters menen dat de adviseur dit niet heeft gedaan. Uit het voorgaande leid ik af dat de arbiters menen dat de fabrikant een verkeerde richting is ingeslagen door het betreffende besturingsconcept te kiezen en dat dat de schuld is van de adviseur omdat hij de fabrikant daarvoor niet heeft gewaarschuwd.

De arbiters menen voorts dat het bewuste automatiseringspakket niet juist is gekozen. Het pakket heeft immers de kenmerken van een Materials Requirements Planning pakket, dat vooral geschikt is voor de fabricage van kwantiteiten, terwijl de organisatie niet een materiaaldominante, maar een capaciteitsdominante organisatie is. Ook bevat het pakket niet standaard de plannings-

functionaliteiten die volgens de definitiestudie gewenst zijn. Dat betekent dat een aanzienlijke hoeveelheid maatwerk moet worden verricht om het pakket alsnog geschikt te maken voor de fabrikant. De arbiters menen dat een professioneel handelend deskundig adviseur de risico's en bezwaren die verbonden zijn aan de implementatie van het bewuste pakket had moeten voorkomen of in ieder geval de fabrikant daarvoor had moeten behoeden.

De arbiters zijn het eens met de stelling van de fabrikant dat hij door het vele maatwerk een zeer ongunstig contract heeft gesloten met de leverancier. Ook dat wordt de adviseur aangerekend. Bij de taak van de professionele adviseur die als begeleider voor het hele traject is ingehuurd hoort begeleiding bij de onderhandelingen met de leverancier. Het verweer van de adviseur dat het vele maatwerk vooral is veroorzaakt door aanvullende wensen wordt door de arbiters terzijde geschoven. Het maatwerk is naar hun oordeel vooral te verklaren uit de ongelukkige aanpak met betrekking tot het besturingsconcept en het niet optimaal toegesneden zijn van het automatiseringspakket op de wensen van de fabrikant. Interessant is ook het oordeel van de arbiters dat voorzover er maatwerkopdrachten zijn gegeven die onnodig waren, de adviseur tot taak heeft deze te voorkomen c.q. in te dammen.

Over de relatie van partijen oordelen de arbiters dat deze niet gelijkwaardig is. De fabrikant huurt juist een professionele adviseur en begeleider in omdat de kennis in eigen huis ontbreekt. Voorzover het project niet voldoende wordt gedragen door de organisatie van de fabrikant, moet de adviseur als ervaringsdeskundige hierop bedacht zijn en maatregelen voorstellen om een eventuele cultuurverandering te bewerkstelligen.

De fabrikant valt echter ook het een ander te verwijten. Zo menen de arbiters dat hij niet de volledige overeengekomen en noodzakelijke inzet en medewerking heeft gegeven en pas werkelijk aan de bel is gaan trekken toen het project voor het grootste deel was uitgevoerd. Ook heeft de fabrikant de adviseur niet op zijn huid gezeten. Verder is volgens de arbiters onbegrijpelijk dat de fabrikant een contract met de leverancier heeft gesloten ondanks het ontbreken van een duidelijk advies van de adviseur.

Uiteindelijk wijzen de arbiters de ontbindingsvordering af omdat art. 8 lid 2 van de COSSO-voorwaarden 1990/1993 ontbinding uitsluit voor het reeds gepresteerde en de adviseur haar hele prestatie heeft verricht, zij het gebrekkig. Mede gezien de eigen schuld van de fabrikant schuiven de arbiters de aansprakelijkheidsbeperking in de COSSO-voorwaarden 1990/1993 niet terzijde. Deze aansprakelijkheidsbeperking bepaalt dat ingeval van een toerekenbare tekortkoming de leverancier uitsluitend aansprakelijk is voor vervangende schadevergoeding (art. 9.2) tot een maximum van 50% van de gefactureerde bedragen (art. 9.3). In overeenstemming met deze aansprakelijkheidsbeperking veroordelen de arbiters de adviseur de helft van de gefactureerde bedragen, dus NLG 781.556, aan de fabrikant te betalen. Het is dus niet zo, zoals Rinzema en Beuving beweren, dat uit de hoogte van de schadevergoeding (50% van het

honorarium van de adviseur) mag worden afgeleid dat beide partijen in gelijke mate aan het falen van het project hebben bijgedragen.<sup>34</sup> Het feit dat de helft van het honorarium van de adviseur aan schadevergoeding wordt toegewezen is een gevolg van de aansprakelijkheidsbeperking en niet de mate waarin de aan een ieder toe te rekenen omstandigheden aan de schade hebben bijgedragen.<sup>35</sup> De mate van schuld valt wel af te leiden uit de kostenveroordeling, 3/4 voor de adviseur en 1/4 voor de fabrikant.

#### *KIN/Capgemini*

De feiten waarover de Rechtbank Utrecht en het Hof Amsterdam hebben beslist in de zaak Liebeswerk Kirche in Not/Ostpriesterhilfe ('KIN') tegen Capgemini, zijn als volgt.<sup>36</sup> KIN is een internationaal opererende charitatieve instelling die zich met behulp van 13 nationale secretariaten bezig houdt met het werven van fondsen en het toekennen van deze fondsen aan talkrijke projecten van rooms-katholieke geestelijken over de hele wereld. KIN en Capgemini komen in februari 1985 overeen dat Capgemini de wereldwijde bestaande geautomatiseerde gegevensverwerking van KIN, die toen nog door een andere ICT-leverancier werd onderhouden, zou vernieuwen tegen betaling van een vast bedrag van NLG 0,5 miljoen. Het nieuwe systeem zou naar verwachting op 1 augustus 1985 worden opgeleverd. Op deze overeenkomst zijn de algemene voorwaarden van de COSSO, de (toenmalige) branchevereniging van ICT-leveranciers, uit 1978 van toepassing. Die voorwaarden bepalen onder andere dat de leverancier ingeval van wanprestatie alleen aansprakelijk is voor schade van de afnemer als de afnemer de overeenkomst tussentijds beëindigt. In dat geval hoeft de leverancier nooit meer dan NLG 100.000 aan de afnemer te vergoeden.

In mei 1986, bijna een jaar later dan oorspronkelijk voorzien en nadat partijen de vaste prijsafsprake hebben laten varen, wordt het systeem aan een acceptatietest onderworpen. Dan blijkt dat het systeem niet voldoet aan de functionele specificaties en het systeem dus niet door de acceptatietest heen zal komen. Capgemini werkt nog bijna een jaar aan het project totdat zij in april 1987 aan KIN mondeling de toezegging doet dat het systeem op 1 juni 1987 gebruiksklaar zal worden opgeleverd. In mei 1987 bevestigt KIN deze toezegging schriftelijk en stelt Capgemini in gebreke voor het geval die datum niet wordt gehaald. KIN beëindigt halverwege juni 1987 de overeenkomst tussentijds omdat op 1 juni 1987 nog steeds geen werkend systeem is opgeleverd. KIN heeft op dat moment ongeveer NLG 2,1 miljoen aan Capgemini betaald.

De centrale vraag in deze procedure is niet zozeer of Capgemini wanprestatie heeft gepleegd, want daar gaan Rechtbank en Hof beide van uit, maar of Capgemini aan KIN zou kunnen tegenwerpen dat zij – conform de exonерatie

---

34 Rinzema & Beuving 2001, p. 299.

35 Vgl. art. 6:101 lid 1 BW.

36 Hof Amsterdam 22 november 2001, *Computerrecht* 2002-2, p. 94 (KIN/Capgemini).

uit de COSSO-voorwaarden – maximaal NLG 100.000 aan KIN zou moeten vergoeden.

KIN dagvaardt Capgemini voor de Utrechtse rechtbank en vordert Capgemini te veroordelen tot betaling van NLG 10,8 miljoen aan schadevergoeding wegens wanprestatie. De rechtbank oordeelt op basis van een deskundigenrapport dat Capgemini weliswaar fouten heeft gemaakt, maar dat die fouten niet van zodanige ernstige en onherstelbare aard zijn dat Capgemini in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid handelt door op de exoneratie een beroep te doen. Daarbij acht de Rechtbank van belang dat:

- 1 sprake was van een groot project;
- 2 KIN medeverantwoordelijk was voor het opstellen van de beperkt deugdelijke functionele specificaties;
- 3 telkens wijzigingsvoorstellen moesten worden doorgevoerd;
- 4 niet uitsluitend KIN de benodigde expertise in huis had omdat KIN een eigen afdeling had die diensten afnam van de vorige ICT-dienstverlener en als ervaren afnemer kon weten wat er komt kijken bij een automatiseringsproject; en
- 5 KIN de relatie van partijen abrupt heeft beëindigd.

De Rechtbank bepaalt daarom dat Capgemini nooit meer dan NLG 100.000 aan KIN moet betalen.

In hoger beroep oordeelt het Amsterdamse Hof, anders dan de Rechtbank, dat het beroep van Capgemini op de exoneratie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daarbij neemt het Hof in aanmerking:

- 1 de manier waarop de exoneratie tot stand was gekomen (de exoneratie was opgenomen in branchevoorwaarden van ICT-leveranciers op de totstandkoming waarvan KIN geen invloed heeft gehad);
- 2 de verhouding tussen partijen (een internationaal opererende charitatieve instelling vs. een groot internationaal opererend automatiseringsbedrijf) en in het bijzonder KIN's afhankelijkheid van de deskundigheid van Capgemini;
- 3 het belang dat KIN had bij de prestatie van Capgemini; en
- 4 de ernst van de tekortkoming (de deskundigen meenden in hoger beroep dat Capgemini een ernstig verwijt trof terzake het gebrek aan functionaliteit en operationaliteit en dat bij deze opdracht tegen ongeveer alle basisregels van projectmanagement was gezondigd).

Het Hof veroordeelt Capgemini daarom NLG 2.137.018 aan KIN te betalen en verwijst beide partijen naar een schadestaatprocedure, waarin KIN aan kan tonen dat zij nog meer schade heeft geleden. De zaak is vervolgens geschikt.

Deze zaak is vaak in het nieuws geweest.<sup>37</sup> Uit de Computables van 13 en 14 december 2001 en 11 januari 2002 blijkt dat Frits Mutsaerts, de advocaat van KIN in deze zaak, en Peter van Schelven, juridisch adviseur van de FENIT (opvolger van de COSSO), kort nadat het arrest was gewezen de degens kruisen over de betekenis die aan het arrest moet worden toegekend. Mutsaerts voorspelt dat van dit arrest zeker een precedentwerking uit zal gaan omdat dit één van de weinige zaken is waarin een Hof in algemene zin een exoneration terzijde schuift en aldus korte metten maakt met het uitsluiten van zowel directe alsook indirecte schade. Van Schelven meent dat de precedentwerking niet overdreven moet worden omdat de leveringsvoorwaarden van de FENIT uit 1994 inmiddels op inhoudelijk en juridisch vlak geheel anders zijn dan die van de COSSO uit 1978. Met andere woorden, het feit dat de exoneration uit de COSSO-voorwaarden uit 1978 in dit geval geen stand hield, betekent niet dat de exoneration in de FENIT-voorwaarden uit 1994 in andere gevallen eveneens onderuit kan worden gehaald. Door het tegenovergestelde te suggereren, vergelijkt Mutsaerts volgens Van Schelven software met tupperware, ofwel appels met peren.

In ieder geval is duidelijk dat Rechtbank en Hof een ander oordeel hadden over de feiten. Opvallend is vooral dat de Rechtbank KIN aanmerkt als ervaren afnemer van ICT-diensten die het klappen van de zweep kent, terwijl het Hof juist het verschil in expertise tussen KIN en Capgemini en KIN's afhankelijkheid van de deskundigheid van Capgemini benadrukt.

#### *Samenvatting*

Als de eisen die volgens bovengenoemde uitspraken gesteld kunnen worden aan een leverancier worden samenvat, ontstaat het volgende beeld. De leverancier moet, als hij (mede) een overeenkomst van opdracht heeft gesloten, voldoen aan de mate van zorgvuldigheid die van een redelijk handelend en bekwaam leverancier geëist mag worden. Dit houdt concreet in dat hij:

- 1 voordat hij specialistische hardware verkoopt, moet:
  - a. vaststellen of de hardware in redelijkheid bruikbaar is voor de afnemer (Magneetkaart);
  - b. beoordelen of de omgeving waar de hardware geplaatst wordt voldoet althans kan voldoen aan de daaraan te stellen eisen (Broere/Olivetti);

---

<sup>37</sup> 'Misstap komt Cap duur te staan', *Automatisering Gids* 2001/50; Rik Sanders, 'Cap Gemini veroordeeld tot miljoenenboete', *Computable* 13 december 2001; Rik Sanders, 'Kerk uit nood. Cap Gemini veroordeeld tot betaling miljoenen aan Stichting Kerk in Nood', *Computable* 14 december 2001; Frits Mutsaerts, 'Uitsluiten van aansprakelijkheid', *Computable* 11 januari 2002; Hans Mulder, 'ICT'ers en juristen moeten samen automatiseringsgeschillen oplossen', *Automatisering Gids* 2002/7; V.A. de Pous, 'Algemene voorwaarden zijn verre van heilig', *Automatisering Gids* 20 september 2002; Rik Sanders, 'Cap Gemini betaalt miljoenen aan Kerk in Nood', *Computable* 2 februari 2004.

- 2 voordat hij software wijzigt:
  - a. de afnemer op de hoogte moet stellen van deze wijziging (CARD/CCV);
  - b. controle moet toepassen op het effect van deze wijziging (CARD/CCV);
- 3 voordat hij advies uit brengt, een deugdelijk onderzoek moet instellen naar:
  - a. de bedrijfsstructuur van de afnemer voorzover hij diens bedrijf automatiseert (RBC/Brinkers);
  - b. de hardware voorzover hij zijn software daarop af moet stemmen (CVG/PSA);
- 4 ingeval van spoed, de benodigde tijd voor een diepgaand onderzoek naar de bedrijfsstructuur van de afnemer moet verlangen als dit nodig is om een verantwoord advies uit te brengen (RBC/Brinkers);
- 5 de afnemer moet behoeden voor te hoog gespannen verwachtingen (Dolmans/Burroughs);
- 6 de afnemer moet weerhouden van ongefaseerde ingebruikneming als hij behoort te voorzien dat dit tot problemen leidt (Dolmans/Burroughs);
- 7 als hij de risico's, die zijn verbonden aan een bepaalde methode, niet voor zijn rekening wenst te nemen:
  - a. hij dit uitdrukkelijk moet stipuleren, te meer omdat hij moet begrijpen dat de afnemer op het kompas van de door hem ingeschakelde adviseur vaart (RBC/Brinkers);
  - b. hij zich moet realiseren dat daarvoor niet voldoende is dat hij in een vergadering vaststelt dat uit wordt gegaan van beperkte gegevens en dat ter wille van de snelheid een concessie is vereist (RBC/Brinkers);
- 8 maatregelen voor moet stellen om een eventuele cultuurverandering te bewerkstelligen als het project niet voldoende wordt gedragen door de organisatie van de afnemer (Breikant);
- 9 hij de afnemer moet begeleiden bij de onderhandelingen met leveranciers als hij voor het hele traject is ingehuurd (Breikant);
- 10 onnodige maatwerkopdrachten moet voorkomen c.q. indammen (Breikant);
- 11 de basisregels van projectmanagement in acht moet nemen (KIN/CAP);
- 12 de afnemer ervan moet weerhouden een verkeerde richting aan te houden door waarschuwend op te treden (Breikant);
- 13 zich niet mag verschuilen achter fouten van derden voorzover deze zijn veroorzaakt door zijn adviezen en informatie (RBC/Brinkers en Atel/CAI Bommel).

#### 4.1.2 Deskundigheid van de afnemer

Van de afnemer wordt geen specifieke deskundigheid op het gebied van de prestatie vereist. Toch is deskundigheid aan de zijde van de afnemer relevant.

Naarmate de afnemer deskundiger is, wegen zijn onderzoeks-, mededelings- en medewerkingsplichten immers zwaarder.<sup>38</sup>

Eveneens van belang is de aard van de deskundigheid die de afnemer bezit. Deze deskundigheid (op het gebied van de prestatie) moet van dezelfde aard zijn als de deskundigheid (op het gebied van de prestatie) van de leverancier, wil de deskundigheid van de afnemer gewicht in de schaal werpen. Het standaard arrest in dat verband is *Staalgrit*.<sup>39</sup> Uit dat arrest blijkt dat de afnemer Van der Ende volgens een juiste, reeds jaren lang beproefde werkwijze een tankdak straalt met staalgrit van De Kleijn. Het staalgrit veroorzaakt roestvorming en Van der Ende vordert schadevergoeding van De Kleijn wegens wanprestatie.

Het Hof oordeelt dat het beroep van De Kleijn op haar exonatiebeding, gelet op een aantal omstandigheden, in strijd is met de goede trouw (OBW). Eén van die omstandigheden is dat De Kleijn een deskundige op het gebied van staalgrit is en Van der Ende 'zodanige speciale deskundigheid' niet heeft. In zijn arrest geeft de Hoge Raad een nadere invulling aan het verschil in de aard van de deskundigheid. Hij vindt relevant dat 'De Kleijn – die een gespecialiseerde verkoper van staalgrit is – een deskundige op het gebied van staalgrit is en dat Van der Ende een 'zodanige speciale deskundigheid' – dat wil zeggen een deskundigheid die daarmee vergelijkbaar is – niet heeft.' Hieraan doet volgens de Hoge Raad niet af 'dat Van der Ende een professionele gebruiker van staalgrit is.' Kortom, deskundigheid in het gebruik van een product is niet hetzelfde als deskundigheid met betrekking tot de verkoop van het product.

Hoe moet deze les uit het *Staalgrit* arrest worden vertaald naar (een voorbeeld uit) de ICT-praktijk? Naar mijn idee als volgt. Stel een afnemer van bepaalde software is deskundig in het gebruik van die software. Door gebruik van die software ontstaat schade omdat de software fouten bevat. De leverancier van die software heeft aansprakelijkheid voor die schade uitgesloten. Is het feit dat de afnemer deskundig is in het gebruik van de software relevant voor de vraag of zijn deskundigheid de zwaarte van de schuld aan de zijde van de leverancier beïnvloedt? Nee, want hij is niet verantwoordelijk voor de fouten in de software waardoor de schade is ontstaan. Dat is de leverancier wel.

Schakelt de afnemer een derde in, dan kan de deskundigheid van deze derde onder omstandigheden aan de afnemer worden toegerekend.<sup>40</sup> Tjittes meent dat het antwoord op de vraag of en, zo ja, in welke mate de wetenschap van een externe deskundige aan een partij, die hem heeft ingeschakeld, moet worden toegerekend, afhangt van de volgende gezichtspunten.<sup>41</sup> Als de op-

38 Zie voor een korte uiteenzetting van deze plichten Thole 2000, p. 26-27.

39 HR 8 maart 1991, NJ 1991, 396 (concl. A-G Hartkamp; *Staalgrit* of *De Kleijn/Van der Ende*).

40 Hetzelfde geldt overigens voor de leverancier als de leverancier een derde inschakelt.

41 Tjittes 2001a, p. 14-15.

drachtgever van de deskundige een onderneming is, moet de (veronderstelde) kennis van de deskundige als regel aan de ondernemer worden toegerekend (hoedanigheid van de opdrachtgever). Hoe groter het aandeel van de deskundige in de vaststelling van de totstandkoming en inhoud van een rechtshandeling en hoe kleiner het aandeel van zijn opdrachtgever daarin, hoe eerder moet worden toegerekend, en andersom (aandeel deskundige). Als de wederpartij er gerechtvaardigd op mag vertrouwen dat de deskundige terzake van de transactie deskundig is en dat de deskundige zijn opdrachtgever deelachtig heeft gemaakt van hetgeen hij weet, dan wordt de kennis van die deskundige toegerekend aan de opdrachtgever van de deskundige (gerechtvaardigd vertrouwen in deskundigheid en voorlichting).

Iets anders is of van de afnemer mag worden verwacht of zelfs geëist dat hij zich voorafgaand aan en tijdens de uitvoering van een ICT-project laat bijstaan door een onafhankelijke deskundige derde. Hoewel de Raad van Arbitrage voor Metaalnijverheid en -Handel in de Magneetkaart uitspraak uit 1979 niet expliciet een zodanige verplichting oplegt aan de afnemer, kan deze Raad het toch niet laten te vermelden dat de afnemer er 'goed aan had gedaan zich tot een onafhankelijk adviseur te wenden.'<sup>42</sup> Met Vandenberghe, Berkvens en anderen meen ik dat de afnemer niet verplicht kan worden zich door een gespecialiseerd adviseur te laten bijstaan.<sup>43</sup> Het aannemen van een zodanige verplichting gaat er van uit dat de leverancier niet als deskundig kan worden beschouwd. En dat terwijl de afnemer de leverancier nu juist inhuurt omdat deze een deskundige is of in ieder geval pretendeert te zijn.

Ook het 'het zou beter zijn geweest als ...' argument van de Raad snijdt mijns inziens geen hout. Dat het inhuren van meer deskundigheid in theorie tot betere resultaten leidt, gaat voorbij aan de vraag of een inhuren van zodanige deskundigheid bedrijfseconomisch gezien verantwoord is. Anders gezegd: of de (verwachte) kosten van extra advies opwegen tegen de (verwachte) baten. Of, zoals Vandenberghe het treffend uitdrukt: 'Het is ook voorzichtig met een helm over de straat te lopen; maar dat betekent niet dat dit gebrek aan uiterste voorzichtigheid gekarakteriseerd kan worden als onvoorzichtigheid.'<sup>44</sup>

Het is goed dat de Magneetkaart-uitspraak voor wat betreft deze aanbeveling aan een afnemer tot het inhuren van deskundige bijstand van derden, geen navolging heeft gekregen. Sterker nog, uit de noot van Kortmann bij de uitspraak Olyslager/Intermation blijkt het tegendeel.<sup>45</sup> Olyslager vraagt blijkens die uitspraak aan Intermation of de software bepaalde eigenschappen

---

42 Raad van Arbitrage voor Metaalnijverheid en -Handel 12 oktober 1979, *TvA* 1980/1, p. 18 (*Magneetkaart*).

43 Vandenberghe 1984, p. 88 en Berkvens e.a. 1989, p. 325.

44 Vandenberghe 1984, p. 88.

45 Vice-President Rechtbank Den Haag 16 oktober 1986, *Computerrecht* 1987-1, p. 42-48 (*Olyslager/Intermation*; m.nt. Kortmann) en tussenvonnis in bodemprocedure Rechtbank Den Haag 25 november 1987, *Computerrecht* 1988-3, p. 158-162 (*Olyslager/Intermation*).

bezit, waaronder de mogelijkheid van een eenvoudige conversie zonder fouten. Intermation zegt toe dat deze eigenschappen aanwezig zijn. Uiteindelijk blijken deze eigenschappen niet aanwezig te zijn. Volgens annotator Kortmann beroept Intermation zich er bij pleidooi op dat Olyslager, gezien het voor haar vitale belang van een goed werkend computersysteem, de eigenschappen van de software beter had moeten onderzoeken door consultancyhulp in te roepen bij de selectie van de software, een demonstratieversie van de software aan te schaffen en gedurende een bepaalde periode schaduw te draaien. Uit de uitspraak blijkt dat de rechtbank niet ingaat op dit verweer. Met Kortmann acht ik dit verweer niet sterk. Aangezien Intermation toe had gezegd dat de gevraagde eigenschappen aanwezig waren, behoeft Olyslager daarnaar geen onderzoek te (laten) verrichten. Anders gezegd, de mededelingen van de leverancier prevaleren boven de onderzoeksplicht van de afnemer.<sup>46</sup>

#### 4.1.3 Relatieve deskundigheid van de leverancier ten opzichte van de afnemer

De minimum deskundigheid die van de leverancier wordt geëist (althans zijn daadwerkelijke deskundigheid, indien hoger (zie 4.1.1)) en de daadwerkelijke deskundigheid van de afnemer kunnen en mogen niet los van elkaar worden gezien. De deskundigheid van de afnemer moet met die van de leverancier worden vergeleken. Dit blijkt duidelijk uit het arrest Hooijen/THB.<sup>47</sup> In dat arrest oordeelt de Hoge Raad dat Hooijen geen omstandigheden stelt die van 'wezenlijk belang' zijn voor de vraag of de exonerie van THB strijdig is met de goede trouw. De Hoge Raad formuleert vervolgens een aantal omstandigheden die naar zijn oordeel van 'wezenlijk belang' zijn. Eén van die omstandigheden is 'de mate van zijn eventuele ondeskundigheid met betrekking tot dergelijke transacties *in vergelijking met* de Tilburgsche.' (cursivering TG).

Een en ander betekent mijns inziens dat als de leverancier deskundiger is dan de afnemer of dit geacht wordt te zijn, de exonerie sneller onaanvaardbaar zal zijn (naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid) naarmate het verschil in de deskundigheid tussen de afnemer en de leverancier groter is.

Bij ICT-projecten zijn de deskundigheid van de afnemer en de leverancier vaak aan verandering onderhevig. Neem als voorbeeld een outsourcingproject. Vóór het begin van een vaak jaren durende outsourcing is de deskundigheid van de afnemer relatief groot. De afnemer weet als geen ander hoe de ICT-activiteiten van zijn bedrijf moeten worden verricht. De ICT-afdeling van de afnemer verricht die activiteiten immers al jaren voor zijn interne klanten. De

---

<sup>46</sup> Zie voor de daarop lijkende regel dat de leverancier die zijn mededelingsplicht schendt (door te zwijgen als hij moet spreken) niet aan de afnemer kan tegenwerpen dat hij te weinig onderzoek heeft verricht, Asser/Hijma 2001 (5-I), nr. 243 (ingeval van dwaling) en 342 (ingeval van non-conformiteit).

<sup>47</sup> HR 16 januari 1987, NJ 1987, 553 (concl. A-G Franx; *Hooijen/THB*; m.nt. Van der Grinten).

reden waarom een afnemer wil gaan outsourcen is meestal gelegen in de kosten. Die zijn in de regel hoger dan de kosten die een leverancier in rekening zou brengen bij de afnemer als hij de activiteiten voor de afnemer zou gaan verrichten. Dat de leverancier dezelfde activiteiten tegen lagere kosten kan verrichten komt onder andere doordat de leverancier, meer dan de afnemer, kan profiteren van schaalvoordelen. De leverancier verricht immers soortgelijke ICT-activiteiten voor veel andere klanten. Naarmate de outsourcing vordert, neemt de deskundigheid van de afnemer af. Nadat de te outsourcen activiteiten volledig door de leverancier zijn overgenomen bezit de afnemer vaak geen (of bijna geen) ICT-afdeling meer en dus ook geen (of bijna geen) deskundigheid op het gebied van de prestatie.

Op welk moment moet bij het toetsten van exoneraties worden beoordeeld welke mate van deskundigheid de afnemer en de leverancier bezitten, en hoe deze deskundigheden zich tot elkaar verhouden? Het toetsingsmoment is mijns inziens het moment waarop de schadeveroorzakende gebeurtenis zich voordoet. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat de leverancier aan een minimumniveau van deskundigheid gehouden kan worden en dat dat minimumniveau wordt vastgesteld op het moment waarop de overeenkomst tussen afnemer en leverancier wordt gesloten (zie 4.1.1). Op het moment waarop de schadeveroorzakende gebeurtenis zich voordoet moet dus worden beoordeeld hoe de deskundigheid van de afnemer zich verhoudt tot die van de leverancier. In bovenstaand outsourcingvoorbeeld komt dat op het volgende neer. Als de schadeveroorzakende gebeurtenis plaats vindt voordat de ICT-afdeling op de leverancier overgaat, is het verschil in deskundigheid in de regel kleiner dan als de schadeveroorzakende gebeurtenis plaats vindt nadat de ICT-afdeling is overgegaan.

#### 4.1.4 Tussenconclusie

Bij de uitvoering van ICT-contracten zijn de deskundigheid van de leverancier en de deskundigheid van de afnemer beide relevant voor het inkleuren van de zwaarte van de schuld aan de zijde van de leverancier. Daaraan vooraf gaat echter de vraag of de deskundigheid van de leverancier *überhaupt* moet worden getoetst. Het antwoord op die vraag wordt bepaald door de verbintenissen die de leverancier op zich neemt.

De uit het RBC/Brinkers-arrest bekende toetsingsmaatstaf – of het handelen ‘al of niet voldeed aan de mate van zorgvuldigheid die van een redelijk handelend en bekwaam automatiseringsdeskundige geëist mag worden’ – dient alleen te worden aangelegd als de leverancier (mede) een overeenkomst van

opdracht uitvoert.<sup>48</sup> Die (beroepsaansprakelijkheids)toets is immers een uitwerking van de toetsingsmaatstaf ‘goed opdrachtnemer’ (art. 7:401 BW). Vraagt een afnemer aan een leverancier om hardware met naam en toenaam aan hem te verkopen, zonder daarbij prijs te stellen op advies, is alleen sprake van een koopovereenkomst. Relevant zijn dan de maatstaven die bij een koopovereenkomst moeten worden toegepast, waaronder de vraag of de hardware conform is (art. 7:17 BW). Relevant is dan niet of de leverancier ‘al of niet voldeed aan de mate van zorgvuldigheid die van een redelijk handelend en bekwaam automatiseringsdeskundige geëist mag worden’. Dat is immers een maatstaf die bij een overeenkomst van opdracht moet worden toegepast. Partijen hebben echter een koopovereenkomst gesloten en niet (mede) een overeenkomst van opdracht.

Het vaststellen welke verbintenissen door de leverancier dienen te worden nageleefd, zal vaak niet eenvoudig zijn. In veel gevallen zal sprake zijn van een gemengde overeenkomst, in welk geval art. 6:215 BW van toepassing is.

Is (mede) een overeenkomst van opdracht gesloten, dan wordt aan de leverancier de hiervoor bedoelde beroepsaansprakelijkheidsmaatstaf als minimummaatstaf opgelegd. Hierboven heb ik uiteengezet hoe die maatstaf door de rechtspraak *in concreto* vorm is gegeven. Het minimumniveau van deskundigheid dat van de leverancier verlangd kan worden, wordt vastgesteld op het moment dat afnemer en leverancier met elkaar een overeenkomst sluiten. Die deskundigheid kan variëren naarmate de overeenkomst voortduurt, maar de deskundigheid waaraan moet worden getoetst is in ieder geval altijd gelijk aan of hoger dan het minimumniveau, ook al is de daadwerkelijke deskundigheid onder het minimumniveau gedaald.

De deskundigheid van de afnemer kan, net als die van de leverancier, variëren naarmate de overeenkomst voortduurt. Aan de deskundigheid van de afnemer worden echter geen minimeisen gesteld.

Overigens geldt dat de deskundigheid van derden die partijen hebben ingeschakeld onder omstandigheden aan de partij die ze heeft ingeschakeld, kan worden toegerekend.

Als het verschil in deskundigheid van de leverancier ten opzichte van de afnemer toeneemt in die zin dat de leverancier ten opzichte van de afnemer steeds deskundiger wordt, neemt ook de kans toe dat een beroep van de leverancier op zijn exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar wordt geacht. De deskundigheid van de afnemer moet van

---

48 Hof Den Haag 8 maart 1984, *Computerrecht* 1984-2, p. 29 (RBC/Brinkers), bekrachtigd door HR 11 april 1986, *Computerrecht* 1986-3, p. 174 (RBC/Brinkers). Voor het bepalen van het criterium verwijs ik naar het Hof Den Haag en niet naar de Hoge Raad. Dit doe ik omdat het Hof Den Haag het criterium heeft geformuleerd en de Hoge Raad zich, bij gebreke aan daarop betrekking hebbende cassatiemiddelen, niet over de geldigheid daarvan heeft kunnen uitspreken.

dezelfde aard zijn als de deskundigheid van de leverancier, wil de deskundigheid van de afnemer gewicht in de schaal werpen bij de vergelijking tussen de deskundigheid van de leverancier en die van de afnemer.

Het moment waarop dit verschil in deskundigheid moet worden bepaald is het moment waarop de schadeveroorzakende gebeurtenis zich voor doet. Daarbij geldt dat de deskundigheid van de leverancier in ieder geval gelijk is aan het minimumniveau dat wordt vastgesteld op het moment dat afnemer en leverancier de overeenkomst hebben gesloten.

#### 4.1.5 FENIT en BiZa

Zoals hierboven is gebleken, brengen de deskundigheid van de leverancier en afnemer onderzoeks-, mededelings- en adviesplichten mee. In de FENIT-voorwaarden en BiZa-contracten proberen de leverancier respectievelijk afnemer een aantal van de verplichtingen die op hen zelf rusten in te perken en een aantal verplichtingen die op de ander rusten, uit te breiden. Hieronder zal ik analyseren op welke manier dit gebeurt. Dit doe ik omdat de mate van deskundigheid die van de leverancier en de afnemer geëist mag worden door deze contractuele regelingen wordt beïnvloed. Daarna zal ik analyseren welke gevolgen het begaan van een beroepsfout heeft voor de exonaties in de FENIT-voorwaarden en de BiZa-contracten.

##### *Inperken en uitbreiden van verplichtingen*

Bij automatiseringsprojecten speelt het inwinnen en verschaffen van informatie door de leverancier respectievelijk afnemer een grote rol. In de verhouding tussen een niet-deskundige afnemer en een deskundige leverancier van ICT-producten of diensten geldt als hoofdregel dat de leverancier over voldoende informatie met betrekking tot het voorwerp van automatisering moet beschikken alvorens hij op verantwoorde wijze kan/mag adviseren en leveren.<sup>49</sup> Deze informatie zal hij moeten inwinnen bij de afnemer. In de rechtspraak zijn diverse voorbeelden te vinden: de bewuste leverancier had zich de vraag moeten stellen of de door hem te leveren hardware in redelijkheid bruikbaar kon voor zijn afnemer; Olivetti had moeten beoordelen of de omgeving waar Broere de hardware wilde plaatsen voldeed althans kon voldoen aan de strenge eisen die daaraan door de hardware werden gesteld; en RBC had een deugdelijk onderzoek moeten instellen naar de structuur van het bedrijf van Brinkers alvorens zijn advies uit te brengen.<sup>50</sup> Deze onderzoeks-

---

49 Stuurman 1986a, p. 148; Stuurman 1986b, p. 39-40; Rinzema & Beuving 2001, p. 299-300.

50 Raad van Arbitrage van de Metaalnijverheid- en Handel 12 oktober 1979, *TvA* 1980/1, p. 18 (*Magneetkaart*); HR 11 november 1983, *NJ* 1984, 298 (concl. A-G Mok; *Broere/Olivetti*); Hof Den Haag 8 maart 1984, *Computerrecht* 1984-2, p. 29 (*RBC/Brinkers*), bekrachtigd door HR 11 april 1986, *Computerrecht* 1986-3, p. 174 (*RBC/Brinkers*).

plicht van de leverancier vindt zijn begrenzing in de mededelingsplicht van de afnemer. De afnemer kan echter vaak niet beoordelen welke informatie voor de leverancier relevant is.<sup>51</sup> In de meeste gevallen kan van de afnemer daarom niet meer worden verwacht dan dat hij de benodigde informatie alleen verschaft als de leverancier hem daarom vraagt.

*FENIT 2003 inperken en uitbreiden verplichtingen*

In art. 1.2 FENIT 2003 garandeert de afnemer dat de door of namens hem aan de leverancier gegeven informatie waarop de leverancier zijn aanbieding baseert, juist en volledig is. Daarmee wordt de onderzoeksplicht van de leverancier ingeperkt. Uit art. 1.2 vloeit immers voort dat de leverancier geen onderzoek hoeft te verrichten naar de juistheid en volledigheid van de hem verstrekte informatie. Ik vraag me af of de afnemer de expertise heeft te beoordelen of door hem verschaft informatie juist en volledig is. De afnemer doet er verstandig aan de leverancier alleen die informatie te verschaffen waarvan hij zeker weet dat deze juist en volledig is. Indien de afnemer twijfelt of bepaalde informatie juist en volledig is, zal hij deze niet aan de leverancier moeten verstrekken, maar hem moeten uitnodigen die informatie zelf in te winnen. Mocht de informatie die de leverancier vervolgens zelf inwint onjuist of onvolledig zijn, dan kan de leverancier zich niet op art. 1.2 beroepen. Dat artikel ziet namelijk uitsluitend op informatie die door de afnemer is verschaft. Gevolg van dit alles is dat een voorzichtige afnemer weinig tot geen informatie zal verschaffen en de leverancier alsnog veel onderzoek moet gaan verrichten. In dat geval keert art. 1.2 zich als een boemerang tegen de leverancier. In plaats dat zijn onderzoeksplicht wordt ingeperkt, wordt zij verruimd.

In art. 1.2 lees ik niet dat de afnemer garandeert dat hij aan de leverancier alle informatie verschaft die nodig is om een offerte uit te brengen. Dat zou een brug te ver zijn. De afnemer kan immers niet beoordelen welke informatie voor de leverancier relevant is. De afnemer garandeert in art. 1.2 ‘alleen’ dat de informatie *die* hij verschaft juist en volledig is. Verder dienen beide partijen zich te realiseren dat er omstandigheden denkbaar zijn waarin ondanks het bestaan van deze garantie wordt geoordeeld dat de garantie niet van toepassing is omdat dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Ik denk met name aan de situatie dat de leverancier weet dat de hem verschaft informatie niet juist en volledig is.<sup>52</sup>

Art. 21.1 en 21.2 bevatten een uitwerking van deze onderzoeks- en mededelingsverplichtingen ingeval van softwareontwikkeling. Deze artikelen luiden (voorzover relevant) en spreken voor zich:

---

<sup>51</sup> Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 30-31.

<sup>52</sup> Vergelijk Janssen 2002, p. 81-92 alsmede G.T.M.J. Raaijmakers 2002, p. 67-68 en de aldaar aangehaalde literatuur en jurisprudentie.

21.1 'Leverancier zal de ontwikkeling van programmatuur met zorg uitvoeren op basis van de door cliënt te verstrekken gegevens, voor de juistheid, volledigheid en consistentie waarvan cliënt instaat.'

21.2 'Leverancier is gerechtigd, doch niet verplicht, de juistheid, volledigheid of consistentie van de aan hem ter beschikking gestelde gegevens of specificaties of ontwerpen te onderzoeken en bij constatering van eventuele onvolkomenheden de overeengekomen werkzaamheden op te schorten totdat cliënt de betreffende onvolkomenheden heeft weggenomen.'

De onderzoeksplicht van de leverancier wordt overigens verder ingeperkt doordat volgens art. 28.1 de afnemer die hardware koopt van de leverancier het risico draagt van de selectie van de hardware en de leverancier er niet voor in staat dat de geleverde hardware geschikt is voor het beoogde gebruik, tenzij in de schriftelijke koopovereenkomst de gebruiksdoeleinden duidelijk en zonder voorbehoud zijn gespecificeerd.

#### *FENIT 1994 inperken en uitbreiden verplichtingen*

Art. 22.1 en 22.2 FENIT 1994 bevatten, in vrijwel identieke bewoordingen als art. 21.1 en 21.2 FENIT 2003, beperkingen op de onderzoeksplicht van de leverancier die, zoals gezegd, alleen van toepassing zijn op ontwikkeling van software. De FENIT 1994 bevat geen bepalingen die lijken op de art. 1.2 en 28.1 FENIT 2003. De leverancier heeft zijn onderzoeksplicht in de FENIT 2003 dus verder ingeperkt dan in de FENIT 1994.

#### *BiZa inperken en uitbreiden verplichtingen*

Anders dan de FENIT-voorwaarden, beogen de BiZa-contracten de onderzoeksverplichting van de leverancier uit te breiden. De BiZa-contracten bepalen, bijvoorbeeld in art. 2.7 licentieovereenkomst:

2.7 'Leverancier heeft zich in voldoende mate op de hoogte gesteld van de doelstellingen van Opdrachtgever met betrekking tot het onderhavige Project (als beschreven in Bijlage ...), de ten deze relevante organisatie van Opdrachtgever, de processen waarbij de Programmatuur zal worden gebruikt en de gegevensstromen die daarmee zullen worden verwerkt. Opdrachtgever heeft Leverancier daartoe van voldoende en correcte informatie voorzien en zal – desgewenst – Leverancier verdere informatie verstrekken voor zover die informatie bij Opdrachtgever beschikbaar is.'

Deze bepaling lijkt in lijn te zijn met de verplichtingen van een leverancier die krachtens een overeenkomst van opdracht werkzaamheden verricht. In de praktijk hebben leveranciers desalniettemin moeite een zodanige bepaling te accepteren. Een leverancier wenst liever te verklaren dat hij bepaalde (in een bijlage opgesomde) documenten heeft bestudeerd teneinde de doelstellingen, organisatie, processen en gegevensstromen te achterhalen, dan dat hij daar zelf uitgebreid onderzoek naar moet doen. Art. 2.7 heeft als consequentie dat de leverancier een uitgebreid eigen onderzoek moet verrichten bij de

afnemer alvorens een BiZa-contract te tekenen. Ziet hij tijdens dit onderzoek iets over het hoofd waardoor schade wordt veroorzaakt (en de afnemer weet dit te bewijzen), dan hangt de leverancier. De leverancier verklaart immers daarvan in voldoende mate op de hoogte te zijn gesteld.

Belangrijker is echter dat de BiZa-contracten veelal (zo niet uitsluitend) worden gebruikt in het kader van openbare aanbestedingen. In dat geval is, soms zelfs voor de aanbestedende dienst, onduidelijk wat de ‘ten deze relevante organisatie’ is. Bovendien verhoudt zich het in het aanbestedingsrecht verankerde gelijkheidsbeginsel zich slecht met een eigen onderzoek bij de betreffende aanbestedende dienst door iedere potentiële leverancier. De kans is groot dat een potentiële leverancier informatie zal vergaren die voor een andere potentiële leverancier niet beschikbaar is. In de praktijk zijn, mede daarom, de organisatie, processen en gegevensstromen vaak alleen kenbaar uit de aanbestedingsdocumentatie. In dat geval is het voor de leverancier riskant te verklaren dat hij zich in voldoende mate op de hoogte heeft gesteld van de organisatie, processen en gegevensstromen voorzover deze niet uit de aanbestedingsdocumentatie kenbaar zijn. Voor de leverancier verdient het daarom aanbeveling de organisatie, processen en gegevensstromen in een bijlage op te (laten) nemen en daarnaar te (laten) verwijzen.

#### *Beroepsfout*

Als de leverancier (mede) een overeenkomst van opdracht sluit en bij de uitvoering daarvan niet handelt in overeenstemming met de mate van zorgvuldigheid die van een redelijk handelend en bekwaam leverancier geëist mag worden,<sup>53</sup> begaat hij een beroepsfout. Dit kan onder andere het geval zijn als hij niet voldoet aan één of meer van de verplichtingen genoemd in paragraaf 4.1.1. Dat kan vergaande gevolgen hebben voor de exonaties in de FENIT-voorwaarden en de BiZa-contracten, zoals hierna zal blijken.

#### *FENIT 2003 beroepsfout*

Opvallend in de FENIT 2003 is dat de eerste zin van art. 10.1 FENIT 1994 (‘Leverancier aanvaardt wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding voor zover dat uit dit artikel 10 blijkt’) is komen te vervallen. Kruijer heeft deze zin eens als overbodig bestempeld.<sup>54</sup> Als art. 10.1 FENIT 1994 echter zo gelezen moet worden dat de leverancier *uitsluitend* schade zal vergoeden voor zover hij daartoe op grond van art. 10 FENIT 1994 is verplicht, is die bepaling niet zinledig. Door die bepaling wordt immers duidelijk dat de leverancier voor directe schade zoals gedefinieerd in art. 10.2 FENIT 1994 uitsluitend aansprakelijk is voorzover sprake is van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming

---

53 Art. 7:401 BW; Hof Den Haag 8 maart 1984, *Computerrecht* 1984-2, p. 29 (RBC/Brinkers), bekrachtigd door HR 11 april 1986, *Computerrecht* 1986-3, p. 174 (RBC/Brinkers); Geschillencommissie Automatisering 12 juni 1997, *Computerrecht* 2001-6, p. 315 (Breikant).

54 Kruijer 2000, p. 47.

van de overeenkomst. Met andere woorden, de leverancier is, onder de FENIT 1994, niet aansprakelijk voor directe schade (in de zin van art. 10.2) voorzover sprake is van een onrechtmatige daad. Dat de leverancier daarvoor onder de FENIT 1994 niet aansprakelijk is, blijkt ook uit art. 10.5 FENIT 1994, dat (onder andere) bepaalt: 'Buiten de in artikel 10.2 en 10.3 genoemde gevallen rust op de Leverancier geen enkele aansprakelijkheid voor schadevergoeding, ongeacht de grond waarop een actie tot schadevergoeding zou worden gebaseerd.' Ook deze zin keert niet terug in de FENIT 2003. Dit alles betekent dat de stelling verdedigd zou kunnen worden dat onder de FENIT 2003, als de leverancier directe schade (in de zin van art. 10.1) veroorzaakt en het schadeveroorzakende handelen als onrechtmatige daad of (naast een toerekenbare tekortkoming) *tevens* als onrechtmatige daad kan worden gekwalificeerd, de leverancier onbeperkt aansprakelijk is.<sup>55</sup>

Over de situatie dat een toerekenbare tekortkoming tevens een onrechtmatige daad is, zij opgemerkt dat volgens Michiels van Kessenich-Hoogendam en Stuurman vrijwel algemeen wordt aangenomen dat een toerekenbare tekortkoming bestaande uit een beroepsfout, jegens de afnemer tevens een onrechtmatige daad oplevert. Van een beroepsfout van de leverancier is sprake indien zijn handelen (of nalaten) niet voldoet aan de mate van zorgvuldigheid en deskundigheid die van een redelijk handelend en bekwaam leverancier geëist mag worden.<sup>56</sup>

De leverancier zou tegen deze onbeperkte aansprakelijkheid in kunnen brengen dat in de nieuwe voorwaarden, net als in de oude voorwaarden, nog steeds is bepaald (in art. 10.1 FENIT 2003) dat de totale vergoeding voor directe schade (in de zin van art. 10.1) 'in geen geval' meer zal bedragen dan vijfhonderd duizend Euro. Daaruit zou moeten worden afgeleid dat schadevergoeding gebaseerd op buitencontractuele aansprakelijkheid eveneens tot dat bedrag is beperkt. Aangezien het gehele art. 10.1 uitsluitend op contractuele aansprakelijkheid lijkt te zien, kan die zin echter ook worden begrepen als een tweetrapsraket met betrekking tot, uitsluitend de contractuele aansprakelijkheid voor directe schade (in de zin van art. 10.1). Deze tweetrapsraket werkt als volgt: contractuele aansprakelijkheid voor directe schade (in de zin van art. 10.1) is beperkt tot de bedongen prijs althans het totaal van de vergoedingen bedongen voor één jaar, en (als sprake is van meer gebeurtenissen of als de eerste trap niet houdt), tot vijfhonderd duizend Euro. Ook Gardeniers, Van Schelven

---

<sup>55</sup> Asser/Hartkamp 2002 (4-III), nr. 9 en de aldaar opgenomen jurisprudentie.

<sup>56</sup> Michiels van Kessenich-Hoogendam 1995, p. 15; Stuurman 1986b, p. 32; Hof Den Haag 8 maart 1984, *Computerrecht* 1984-2, p. 29 (*RBC/Brinkers*), bekrachtigd door HR 11 april 1986, *Computerrecht* 1986-3, p. 174 (*RBC/Brinkers*); Geschillencommissie Automatisering 12 juni 1997, *Computerrecht* 2001-6, p. 315 (*Breikant*).

en Stouthamer zijn van mening dat de tweetrapsraket – zij noemen het een ‘dakpansgewijze bescherming’ – zo functioneert.<sup>57</sup>

De leverancier zou zich ook nog op het standpunt kunnen stellen dat de afnemer directe schade (in de zin van art. 10.1) niet buitencontractueel op hem kan verhalen gezien de volgende, nieuwe toevoeging aan art. 10.3: ‘Aansprakelijkheid van leverancier voor ... alle andere vormen van schade dan genoemd in artikel 10.1 en 10.2, uit welchen hoofde dan ook, is uitgesloten.’ Ook dit argument overtuigt mij niet. De afnemer probeert niet een andere vorm van schade dan de schade genoemd in artikel 10.1 op de leverancier te verhalen. Hij wil dat de leverancier een vorm van schade die is genoemd in art. 10.1 (directe schade) vergoedt, zij het op een andere grondslag (buitencontractuele aansprakelijkheid) dan daar genoemd (contractuele aansprakelijkheid).

Hoe het ook zij, uit het bovenstaande blijkt dat kan worden getwist over de vraag of onder de nieuwe voorwaarden buitencontractuele aansprakelijkheid voor directe schade (in de zin van art. 10.1) nu wel of niet voor vergoeding in aanmerking komt. Dit werkt niet in het voordeel van de leverancier. Hartkamp betoogt dat als niet duidelijk is of een exoneratie zowel op contractuele als op buitencontractuele aansprakelijkheid ziet, de exoneratie geacht moet worden uitsluitend betrekking te hebben op de contractuele aansprakelijkheid.<sup>58</sup>

De afnemer doet er dus goed aan zowel voor het contractuele anker als voor het onrechtmatige daadsanker te gaan liggen. Wel moet hij zich daarbij bedenken dat bovengenoemde argumenten niet opgaan voorzover hij daarmee de uitsluiting voor *indirecte* schade in de zin van art. 10.3 wil doorbreken. Hem wordt de pas afgesneden door de tussenzin ‘uit welchen hoofde dan ook’, wat zoveel betekent als ‘ongeacht de rechtsgrond’. Deze tussenzin ontbreekt echter in art. 10.2, dat betrekking heeft op schade door dood of lichamelijk letsel of wegens materiële beschadiging van zaken. Als de afnemer de aansprakelijkheidsbeperking vervat in dat artikel wil doorbreken omdat sprake is van een onrechtmatige daad of een toerekenbare tekortkoming die tevens een onrechtmatige daad oplevert (bijvoorbeeld als sprake is van een beroepsfout),

---

57 Gardeniers, Van Schelven & Stouthamer 2001, Stand. ov. Alg. Ned. – 66 (aantekening 5 bij art. 10) in hun commentaar op de FENIT-voorwaarden uit 1994, die (afgezien van het bedrag) dezelfde formulering bevatten als de FENIT-voorwaarden uit 2003: ‘In geen geval zal de totale vergoeding voor directe schade echter meer bedragen dan ...’. Dit mechanisme wordt overigens ook bevestigd door het gebruik in art. 10.1 en 10.2 van de woorden ‘in geen geval’ respectievelijk ‘nimmer meer’, terwijl in art. 10.3 wordt gesproken over ‘uit welchen hoofde dan ook’. Door deze verschillende formuleringen lijkt de FENIT een onderscheid aan te willen brengen tussen een aansprakelijkheidsbeperking tot een bepaald bedrag ongeacht het aantal gebeurtenissen en voor het geval een eerdere trap niet houdt (art. 10.1 en 10.2) en een aansprakelijkheidsuitsluiting ongeacht de rechtsgrond waarop een eventuele aansprakelijkheid is gebaseerd (art. 10.3).

58 Asser/Hartkamp 2002 (4-III), nr. 11; HR 19 februari 1993, *NJ* 1994, 290 (*Gemeente Groningen/erven Zuidema*). Anders: Krans 1999, p. 63.

kan hij proberen voornoemd *contra proferentem* argument van Hartkamp in stelling te brengen.

#### *FENIT 1994 beroepsfout*

De eerste zin van art. 10.1 FENIT 1994 luidt: 'Leverancier aanvaardt wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding voor zover dat uit dit artikel 10 blijkt.' Naar mijn idee moet die bepaling zo worden gelezen dat de leverancier *uitsluitend* schade zal vergoeden voor zover hij daartoe op grond van art. 10 is verplicht. Art. 10.5 FENIT 1994 bepaalt bovendien: 'Buiten de in artikel 10.2 en 10.3 genoemde gevallen rust op de Leverancier geen enkele aansprakelijkheid voor schadevergoeding, ongeacht de grond waarop een actie tot schadevergoeding zou worden gebaseerd.' Met andere woorden, voor beroepsfouten is de leverancier aansprakelijk volgens de beperkingen opgenomen in art. 10 FENIT 1994, ongeacht of de afnemer de beroepsfout inkleedt als een contractuele of een buitencontractuele vordering.

#### *BiZa beroepsfout*

De BiZa-contracten bevatten een aantal aansprakelijkheidsbeperkingen met betrekking tot verschillende soorten schade. De BiZa-contracten bevatten eveneens een aparte exoneration met betrekking tot beroepsaansprakelijkheid. Het gaat dan niet zozeer om het soort schade, als wel om de aard van het schadeveroorzakende feit. De BiZa-licentieovereenkomst definieert het begrip 'Beroepsfout' in art. 1.14 als:

'Tekortkomingen, zoals vergissingen, onachtzaamheden, nalatigheden, verzuimen, onjuiste adviezen, die een vakbekwame en zorgvuldige leverancier onder de gegeven omstandigheden met inachtneming van normale oplettendheid en bij een normale vakkennis en normale wijze van vakuitoefening, behoort te vermijden.'

In veel gevallen zal de opsteller er voor kiezen voor beroepsfouten een hogere *cap* voor te stellen dan voor andere schadeveroorzakende feiten. Soms stelt de opsteller zelfs een onbeperkte aansprakelijkheid voor. Veel afnemers menen dat een beroepsfout dermate verwijtbaar is dat de leverancier bereid moet zijn daarvoor een veel verdergaande aansprakelijkheid op zich te nemen.

Ik ben van mening dat voor beroepsfouten geen andere exoneration moet worden gehanteerd dan de exonerationen met betrekking tot andere manieren waarop schade wordt veroorzaakt. Zeker gezien de ruime definitie van beroepsfout in de BiZa-contracten, zal de leverancier die tekort schiet in de nakoming van (een verbintenis die voortvloeit uit) het betreffende BiZa-contract in veel gevallen tevens een beroepsfout begaan. De leverancier die dacht een mooie exoneration te zijn overeengekomen door lagere *caps* voor verschillende vormen van schade uit te hebben onderhandeld, gaat in zo'n geval alsnog voor de bijl. Aangezien de exoneration met betrekking tot beroepsfouten een *species* is ten opzichte van de andere exonerationen, prevaleert in dat geval de beroepsfouten-exoneration. Dat betekent dat de leverancier de hogere *cap* of zelfs

onbeperkte aansprakelijkheid, vervat in de beroepsfouten-exoneratie, voor zijn kiezen krijgt. En dat terwijl hij had gerekend op een veel lager maximum voor de te betalen schadevergoeding. Een en ander betekent dat de beroepsfouten-exoneratie in de BiZa-contracten de afnemer mogelijkheden biedt onder bepaalde omstandigheden de exoneraties buiten werking te stellen die gelden voor verschillende vormen van schade.

De lezer zal nu misschien denken: waarom reikt de auteur in de vorige paragraaf de afnemer een aantal middelen aan om de leverancier onbeperkt aansprakelijk te doen zijn ingeval van een beroepsfout, terwijl hij in deze paragraaf bepleit dat beroepsfouten voor wat betreft exoneraties niet anders moeten worden behandeld dan andere tekortkomingen? Dat de FENIT 2003 de afnemer een mogelijkheid biedt directe schade (in de zin van art. 10.1) buitencontractueel op de leverancier te verhalen betekent nog niet dat ik het gerechtvaardigd vind dat door gebruikmaking van deze mogelijkheid beroepsfouten onder een ander aansprakelijkheidsregime vallen dan andere tekortkomingen. Integendeel, ik zou het dogmatisch gezien juist vinden als de FENIT 2003 de afnemer deze ruimte niet had gelaten. Maar nu de FENIT 2003 deze ruimte wel laat, acht ik het van belang dat partijen zich van deze ruimte bewust zijn en zonodig een aanvullende regeling treffen.

#### 4.2 MEDE IN VERBAND MET DE AARD EN ERNST VAN DE BETROKKEN BELANGEN

De aard en ernst van de betrokken belangen zijn van invloed op de zwaarte van de schuld. Dat heeft de Hoge Raad tot uitdrukking willen brengen door de Saladin/HBU-omstandigheid 'zwaarte van de schuld' te laten volgen door de woorden 'mede i.v.m. de aard en ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen'. Met deze cryptische formulering doelt de Hoge Raad mijns inziens op de aard en ernst van (i) het belang dat de afnemer bij de prestatie van de leverancier heeft en (ii) de schade die de afnemer door het handelen van de leverancier lijdt. Deze twee omstandigheden werk ik hieronder uit.

Naarmate het belang van de afnemer bij de prestatie van de leverancier (en de mogelijke schade) toeneemt en de volgens de exoneratie te vergoeden schade afneemt, neemt de kans toe dat het beroep van een leverancier op zijn exoneratie naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Neem twee voorbeelden. Ten eerste het voorbeeld dat een leverancier tekort schiet in de nakoming van een op hem rustende verplichting bij een afnemer een zogeheten *mission critical* systeem te vervangen, waardoor de bedrijfsvoering van de afnemer lam wordt gelegd. Ten tweede het voorbeeld dat een leverancier tekort schiet in het installeren van een extra zogeheten *stand-alone* rekenapplicatie, waardoor de afnemer handmatige controles moet blijven uitvoeren in plaats van een kleine tijdswinst te boeken. In het eerste geval is het belang van de afnemer bij de prestatie (en de mogelijke schade) duidelijk groter dan in het tweede geval. Een beroep van de leverancier op zijn exonera-

tie zal daarom naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid sneller onaanvaardbaar zijn in het eerste dan in het tweede geval.

Naar mijn idee past een zekere terughoudendheid bij het hanteren van de 'regel' dat naarmate het belang bij de prestatie (en de mogelijke schade) toeneemt en de volgens de exoneration te vergoeden schade afneemt, (een beroep op) de exoneration naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid eerder onaanvaardbaar is. Immers, naarmate het belang van de afnemer bij de prestatie groter wordt, neemt ook zijn verantwoordelijkheid toe een aansprakelijkheidsregeling te bedingen die hem voldoende schadevergoeding biedt als de leverancier tekort schiet in de nakoming van zijn verplichtingen. Tegelijkertijd realiseer ik mij dat naarmate het belang bij de prestatie groter wordt, de hoogte van de te verwachten schade eveneens toeneemt. Neem bijvoorbeeld de winst die een afnemer derft omdat zijn bedrijfsvoering plat ligt en hij zijn klanten niet (op tijd) van leveranties kan voorzien. Het gevolg daarvan is vaak dat de bereidheid van de leveranciers die schade (gedeeltelijk) te dragen afneemt. Een en ander betekent dat naarmate het belang bij de prestatie toeneemt, de verantwoordelijkheid van de afnemer toeneemt een 'goede' exoneration te bedingen, maar het tegelijkertijd – gezien de belangen van de leverancier – voor de afnemer moeilijker wordt zo'n 'goede' exoneration te bedingen. Hoe deze tegengestelde belangen zich tot elkaar verhouden zal – ik kan helaas niet concreter worden – afhangen van de omstandigheden van het geval. Daarbij valt ook te denken aan het branchegebruik en de *bargaining power* van partijen ten opzichte van elkaar.

Voor wat betreft de aard en ernst van de schade die de afnemer door het handelen van de leverancier lijdt, merk ik op dat deze omstandigheid sterk doet denken aan de 'aard van de schade'-formule bij de toerekening naar redelijkheid in het kader van art. 6:98 BW.<sup>59</sup> De in dat kader ontwikkelde regels kunnen mijns inziens *mutatis mutandis* worden toegepast op de toetsing van exonerationen, zoals ik hierna zal doen.

Aan de vraag 'wat voor soort schade lijdt de afnemer?' gaat vooraf de vraag 'waardoor is die schade ontstaan?'. Schade veroorzaakt door overtreding van verkeers- en veiligheidsnormen rechtvaardigt een ruimere toerekening ex art. 6:98 BW. Hetzelfde geldt voor exonerationen. Het beroep van een leverancier op zijn exoneration is sneller onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid als de schade is veroorzaakt door overtreding van verkeers- en veiligheidsnormen dan als de schade is veroorzaakt door schending van andersoortige normen.

Schade veroorzaakt door schuld(aansprakelijkheid) rechtvaardigt een ruimere toerekening dan schade veroorzaakt door risico(aansprakelijkheid). Hetzelfde geldt weer voor exonerationen. Het beroep van een leverancier op zijn

---

59 Zie voor een behandeling van de aard en de ernst van de schade in het kader van het causaliteitsleerstuk Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 433; Boonekamp (*Schadevergoeding*), art. 6:98 BW, aant. 29 en 30.

exoneratie is sneller onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid als de schade is veroorzaakt door zijn schuld (bijvoorbeeld ingeval van art. 6:74 en 162 BW) dan als de schade is veroorzaakt door schade die voor zijn risico komt (bijvoorbeeld ingeval van art. 6:76, 170 en 171 BW).

Voor wat betreft de aard van de schade geldt dat schade door dood of letsel eerder wordt toegerekend dan zaakschade en zaakschade eerder dan zuivere vermogensschade. Hetzelfde geldt wederom voor exoneraties. Het beroep van een leverancier op zijn exoneratie zal eerder onaanvaardbaar zijn als sprake is van schade door dood of letsel dan als sprake is van zaakschade, en eerder als sprake is van zaakschade dan wanneer sprake is van zuivere vermogensschade.